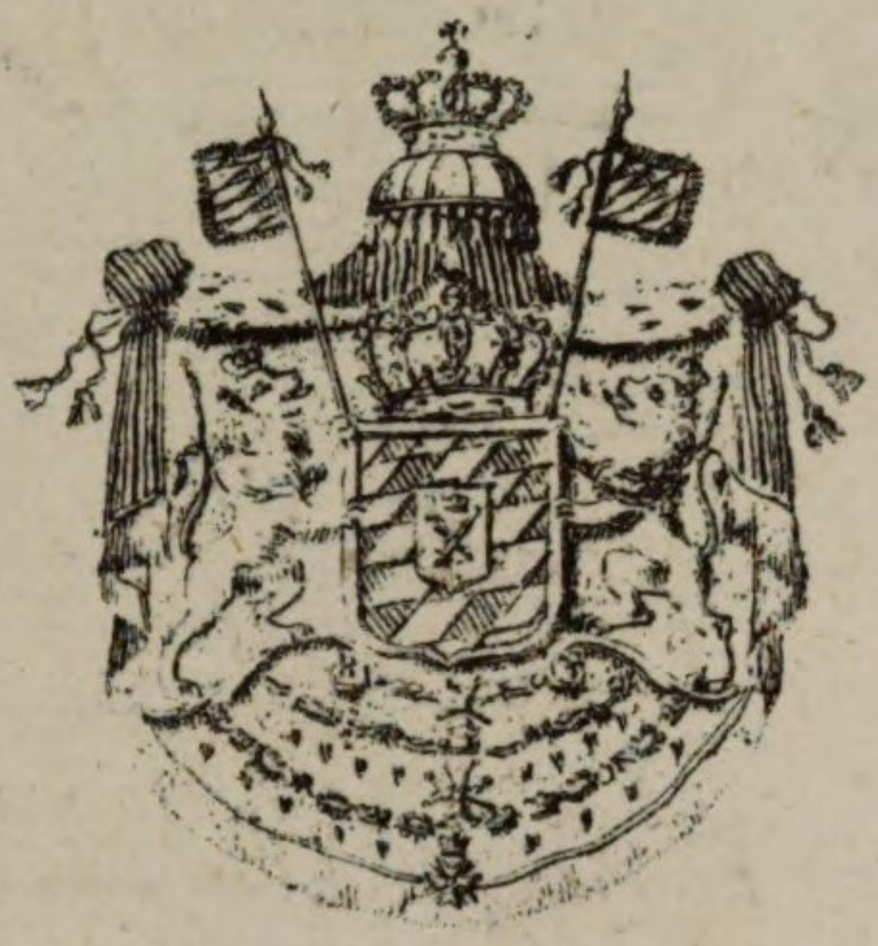
4. Rom. mat.
75 k — 1



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36638835700012

<36638835700012

Bayer. Staatsbibliothek

Abhandlungen

über

einzelne Materien

des

römischen bürgerlichen Rechts

von

Gottfried Philipp von Bülow,

Herzoglich Braunschweigischem Oberappellationsrathe beim Gesammt-oberappellationsgerichte zu Wolfenbüttel.

Non tam auctoritas, quam rationis momenta quaerenda sunt.

Cicero, de Nat. Deor. I.

Erster Theil.

Braunschweig, 1817.

Bei Friedrich Vieweg.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Indem ich diese Aufsätze dem Publikum übergebe, verhehle ich mir nicht, daß zu Ausarbeitungen dieser Art es mir, wie an den erforderlichen Hülfsmitteln, so an dem vollen Berufe fehlen mag. Die gewählten Materien sind nemlich nicht sowol bloß aus einem praktischen Gesichtspunkte behandelt, als theoretisch erörtert; und ungerechnet, daß die frühe Bestimmung zum Richteramte, wissenschaftlichen Untersuchungen mich gänzlich zu überlassen, längst mir untersagt hat, so mußte der Drang der Amtsarbeiten bald mich immer mehr davon entfernen. Allein nur zu oft stieß ich auf Materien, welche nicht gehörig aufgeklärt, auf Meinungen und Ansichten, welche nicht mehr als das An-

sehen berühmter Namen für sich zu haben schienen; und wenn die dadurch veranlaßten Nachforschungen nicht ohne Erfolg blieben, hier eine neue, noch unbenutzt gelassene Ansicht mir sich darbot, dort eine, von der bisherigen Darstellungsweise verschiedene, Entwickelung ein helleres Licht zu verbreiten versprach, so glaubte ich meinen Fund mittheilen zu müssen.

Ob es mir geglückt sey, Ausbeute für die Wissenschaft zu fördern, mögen zuständige Richter beurtheilen. Mich aber ermuthigt der Gedanke, daß anders der eigentliche Rechtsgelehrte [1]), anders der practische Jurist seinen Gegenstand fasse und behandle, und also des Letzten Bemühung, wenn gleich in wissenschaftlicher Hinsicht mangelhaft, dennoch für die Wissenschaft nicht verloren erscheinen werde. Omnes enim artes, sagt schon Cicero [2]), aliter ab iis tractantur, qui eas

---

[1]) „Qui plena iuris civilis scientia ditatus, in tanto lucubrationum tristi-pallore recepit soliditatem perfectae doctrinae.“ Constit. Theodosii jun. de Theod. Cod. auctoritate. (Jus civ. Antejustin. c. praef. *Hugo I*, pag. 279.)

[2]) de Oratore III, 23.

in usum transferunt, aliter ab iis, qui ipsarum artium tractatu delectati, nihil in vita sunt aliud acturi.

Bei dieser Veranlassung meiner Arbeit findet sich denn hier kein Rechtsfall ausgeführt, keine bloße Abstimmung aufgenommen, kein Aufsatz endlich, welcher sich auf eine Zusammenstellung der Meinungen andrer Schriftsteller beschränkte. Vielmehr habe ich in den mehrsten dieser Abhandlungen mich bestrebt, irgend einem Mangel in der bisherigen Darstellung des Civilrechts abzuhelfen, und, indem ich aus der Quelle selbst zu schöpfen und in der Geschichte der Gesetzgebung die nöthigen Aufklärungen zu finden trachtete, der Gewalt der gleichsam durch Herkommen begründeten Meinung der Rechtslehrer, wo sie irrig und nur in einem gutgläubigen Nachbeten älterer Schriftsteller zu beruhen, oder durch unterbliebene Sonderung zwar verwandter, aber doch verschiedener Begriffe verdunkelt schien, entgegen zu arbeiten. In einigen Aufsätzen bezweckte ich nur, durch eine lichtvollere Ausführung zu nutzen.

So mag denn diese Sammlung der langen Reihe ihrer Schwestern bescheiden sich anschließen; glücklich, wenn sie gründlichere Bearbeitungen der abgehandelten Materien veranlaßt; nicht zwecklos, wenn sie mir als ein Abtrag meiner Menschenpflicht angerechnet wird, der nach des verewigten Schiller's Ausdruck:

„— von der großen Schuld der Zeiten
„Minuten, Tage, Jahre streicht."

Wolfenbüttel, im März 1817.

Der Verfasser.

Inhalt.

Seite

I. Die Generalhypothek in Beziehung auf den dritten Besitzer. . . . . 1—137

§. 1. Geschichte der römischen Gesetzgebung über die Generalhypothek. 2
2. Unterschied der General- und der Specialhypothek, . . . 6
3. Besonders in Ansehung der Wirkung. 8
4. Verschiedene Meinungen der Rechtslehrer über den Gegenstand dieser Abhandlung. 10
5. Zweifel gegen diese Meinungen. 13
6. Entwickelung einer neuen Theorie. a) Natur der Sache. 14
7. b) Uebereinstimmung der aus dem Begriffe abgeleiteten Grundsätze mit der Gesetzgebung, und zwar α) mit dem gesetzlichen Unterschiede zwischen dem allgemeinen und dem besondern Pfandrechte. 21
8. Fortsetzung 24
9. β) mit dem gesetzlichen Sprachgebrauche und der rechtlichen Natur der Sachgesammtheiten, universitates iuris. 27
10. c) Beispiele von wirklicher Beziehung dieser Grundsätze auf die Generalhypothek. L. 9. C. quae res pignori (VIII, 17). 32
11. L. 29. D. de pignoribus (XX, 1). 35
12. Einwilligung des Gläubigers in die Veräußerung . . . 37
13. Analogie der Lehre von der Hypothek an einer universitas rerum. L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pignoribus (XX, 1). 39
14. L. 26. §. 2. D. eodem. 47
15. Gesetzliche Bestimmung über die Natur des Peculiums. Actio de peculio. Analogische Anwendbarkeit dieser Gesetzgebung. 48

Seite

16. Lex Aelia Sentia. Geschichte der diese Verordnung entwickelnden Gesetzgebung. 53

17. Grundsätze derselben von dem Rechte des Hypothekgläubigers hinsichtlich der Freilassung eines im Pfande begriffenen Sklaven. 61

18. Anwendung dieser Bestimmungen auf den Gegenstand der Untersuchung. 65

19. Prüfung der, für die entgegenstehenden Meinungen angeführten oder scheinbar beweisenden, Gesetzstellen. . 69

20. L. 12. C. de distractione pignorum (VIII, 22). L. 15. C. de pignoribus (VIII, 14). 70

21. L. 15. §. 1. D. de pignoribus (XX, 1). 71

22. L. 26. §. 2. D. eodem. 74

23. L. vn. C. rem alienam gerentibus (IV, 53). . . . 76

24. L. 3. C. de remissione pignoris (VIII, 26). . . . 79

25. L. 2. C. de pignoribus (VIII, 14). 81

26. L. 2. C. de debitoribus ciuitatum (XI, 32), . . . 83

27. L. ult. C. de pignoribus (VIII, 14). 86

28. Nov. 112, cap. 1. 89

29. L. 9. C. Quae res pignori (VIII, 17). L. 29. pr. D. de pignoribus (XX, 1). 92

30. L. 47. pr. D. de iure fisci (XLIX, 14). 95

31. L. 1. C. de conveniendis fisci debitoribus (X, 2). 97

32. L. 4. C. de privilegio fisci (VII, 73). 99

33. L. 6. eodem tit. 100

34. L. 5. §. 2. D. de censibus (L, 15). 101

35. L. 11. C. de remissione pignoris (VIII, 26). . . . 106

36. L. 1. C. communia de legatis (VI, 43). 109

37. L. 1. D. de distractione pignorum (XX, 5). . . . 111

38. L. 17. C. eodem (VIII, 28). 115

39. §. 6. J. de actionibus (IV, 6). 116

40. L. 3. C. vt in possessionem legatorum (VI, 54). 117

41. L. 8. §. ult. C. de secundis nuptiis (V, 9). . . . 121

42. Begründung der aufgestellten Theorie. A. Die Generalhypothek hat wesentlich eine universitas iuris zum Gegenstande. 128

43. B. Sie bezieht sich daher nicht auf einzelne Theile des verpfändeten Vermögens, und giebt kein Klagrecht gegen deren dritten Besitzer. 129

44. C. Ausnahmen dieser Regel: 1) bei Veräußerungen, nachdem der Hypothekgläubiger bereits Zahlung verlangt hat. 131

45. 2) Beim Vermögensverfalle des Schuldners. 132

46. D. Folge aus jener Regel: Sobald der Gegenstand der Generalhypothek aufhört, eine universitas iuris auszumachen, so geht sie in eine hypotheca secundum quid generalis über. 135

47. E. Wirkung dieser uneigentlichen Generalhypothek . . 136

Seite

II. Von den verschiedenen Fällen der Verpfändung einer Sache an mehrere Gläubiger in Hinsicht ihrer Wirkung. . . . . 138 — 154

§. 1. I. Die Verpfändung hat zu verschiedenen Zeiten Statt gefunden. Umfang des jedem Gläubiger in diesem Falle zustehenden Pfandrechts. 139

2. Klagrecht des jüngern Pfandgläubigers. 142

3. II. Die Verpfändungen sind zu gleicher Zeit geschehen. Unterschied, ob solches wirklich der Fall ist, oder aber bloß wegen Mangels einer genauen Zeitbestimmung der Vorzug des Alters wegfällt. Wann ist hier die Verpfändung auf das Ganze, wann auf einen Theil des Gegenstandes zu beziehen? L. 10. D. de pignoribus (XX, 1). L. 16. §. 8. eodem. L. 1. §. 1. D. de Salviano Interdicto (XLIII, 33). 143

4. Wirkung einer Verpfändung des Ganzen an mehrere, dem Alter nach nicht unterschiedene, Gläubiger. 147

5. Nach welchem Verhältnisse bestimmen sich die Antheile der Gläubiger bei einer Verpfändung, die als theilweise geschehen angenommen werden muß? 151

III. Verträge zwischen dem Sachwalter und seinem Clienten. Sinn der L. 6. §. 2. C. de postulando (II, 6). . . . . 155 — 159

IV. Ist die gesetzliche Hypothek desjenigen, welcher zur Herstellung eines Hauses (in restitutionem aedium) geliehen hat, auf den Fall eines wirklichen Darlehns beschränkt? . . . . 160 — 166

V. Sind wegen des Kostenpunkts allein, zumal devolutive, Rechtsmittel zulässig? L. ult. C. Quando provocare non est necesse (VII, 64). 167 — 172

VI. Beiträge zur Lehre von den letztwilligen Verfügungen der Eltern unter ihren Kindern. 173 — 214

§. 1. Aelteste Form des hausväterlichen Rechts einer Gütervertheilung. Natur derselben und Unterschied ihrer Wirkung von der einer Erbeinsetzung. 173

2. Fernere Entwickelung der Gesetzgebung. Erweiterung des väterlichen Vorrechts unter Diocletian. L. 16. C. familiae erciscundae (III, 36). 176

3. Desgleichen durch Constantin. L. 26. C. eodem, und const. 1. Cod. Theod. L. II, Tit. 24. 178

4. Erstreckung der Befugniß, activ auf die Mutter, und passiv auf Kinder, die nicht mehr in väterlicher Gewalt sich befinden. const. 2. Cod. Theod. eod. tit. L. 21. §. 1. C. de testamentis (VI, 23). 181

Seite

§. 5. Justinians Gesetzgebung. L. 26. C. familiae erciscundae (III, 36). Nov. 18, cap. 7. Nov. 107. cap. 3. . 183

6. Resultat. Jetzt bestehende Rechtsgrundsätze von der elterlichen Gütertheilung. 186

7. Testament der Eltern unter ihren Kindern. Nov. 107, cap. 1. 187

8. Auf welche Personen diese Form der Erbeinsetzung bezogen werden könne. Vermächtnisse an fremde Personen. . . 190

9. Form des elterlichen Testaments. 192

10. Nov. 119, cap. 9; ob deren Verordnung auch auf das elterliche Testament zu beziehen ist? 196

11. Neueres deutsches Recht. Ordnung der Notarien von 1512. Tit. Von Testamenten. Mündlich errichtete Testamente der Eltern. 198

12. Ob diese neuern Grundsätze auf die, in einem solchen Testamente fremden Personen hinterlassenen, Vermächtnisse bezogen werden können? 203

13. Annotationen der Eltern, deren Form und Wirkung. Erläuterung der Nov. 48, cap. 1. . . . 205

14. Ob sie die Erörterung des Belaufs eines obliegenden conferendi ausschließe? 209

15. Widerlegung der entgegenstehenden Meinung 212

VII. Beiträge zu der Lehre von der Rechtshängigkeit und Prävention. . . . . 215 — 225

§. 1. Begriff. 215

2. Ob Einlassung des Beklagten zu Begründung der Rechtshängigkeit erforderlich sey? L. 4. C. de in ius vocando (II, 2). 217

3. Wird auch der Kläger durch Ausbringung der Ladung seines Gegners verpflichtet, vor dem angegangenen Richter den Rechtsstreit fortzusetzen? 220

4. Werden die, aus Rechtshängigkeit und Prävention einer Partei erworbenen, Rechte durch derselben Ungehorsam aufgehoben oder verändert? L. 73. §. 2. D. de iudiciis (V, 1). 222

VIII. Von der Erbfähigkeit der aus Incest, Ehebruch und verbotenen Ehen entsprungenen Kinder. L. 6 C. de incestis nuptiis (V, 5). Nov. 12, cap. 1. Nov. 74, cap. 6. Nov. 89. cap. 15. 226 — 244

§. 1. Allgemeine Grundsätze von außerehelichen Kindern. . . 226

2. Darstellung der Gesetzgebung. L. 6. C. de incestis nuptiis (V, 5). 228

3. Nov. 2. pr. cap. 1. et cap. 3. 230

4. Nov. 74, cap. 6. 232

5. Nov. 89, cap. 15. 234

Seite

6. Bestimmung der hieraus hervorgehenden Grundsätze. . . 236
7. Nähere Entwickelung derselben. 237
8. Ob eine analogische Anwendung derselben Statt finde? 239
9. Beschränkung derselben, besonders hinsichtlich der Alimente, auf den Vater 241
10. und auf alimenta civilia. Resultat. 243

IX. Genügt die bloße Erbeinsetzung, ohne Anweisung irgend eines Theils des nachzulassenden Vermögens, um ein Testament gegen die aus der Uebergehung oder Ausschließung des Notherben hervorgehende Nichtigkeit zu sichern? 245—250

§. 1. Uebersicht der Gesetzgebung. 245
2. Fortsetzung. L. 30. §. 1. C, de inoff. testam. (III, 28), §. 3. J. eod. (II, 8). Nov. 115, cap. 3 et 5. . . 246
3. Auflösung der Frage. 247
4. Fortsetzung und Resultat. 249

X. Beiträge zu der Lehre von der Veräußerung der Güter pflegbefohlner Personen. L. 3. C. si major factus alienationem (V, 74) et L. 1. C. de bonis maternis (VI, 60). . . . . 251—270

§. 1. I. Verordnung der L. 3. C. Si major fact. alien. (V, 74). Gesetzliche Beschränkung des Veräußerungsrechts in Hinsicht der Güter von Pflegbefohlnen. 251
2. Inhalt des gedachten Gesetzes. 253
3. Es schließt eine ausdehnende Erklärung, und besonders die Anwendung auf Veräußerung eigentlicher Pupillengüter aus. 255
4. Ob die, in L. 1. C. Si quis ignorans (V. 73) gegründete, Einschränkung auf jene Constitution zu beziehen sey? 258
5. Ob der, in derselben gedrohete, Nachtheil auch durch außergerichtliche Erklärungen, oder allein durch die Klage abgewendet werden könne? 260
6. Ob sich das Gesetz zugleich auf verschenkte bewegliche Sachen beziehe? 262
7. II. In wiefern ist das Gesetz auf die vom Vater vorgenommenen Veräußerungen der Güter seiner Kinder anzuwenden? Unterschied zwischen väterlicher Gewalt und gesetzlicher Vormundschaft des Vaters. 264
8. Natur dieser Vormundschaft. L. 7. §. 2. D. de reb. eor. qui (XXVII, 9) und L. 3. C. de praed. et al. reb. (V, 71). 266
9. L. 1. C. de bonis maternis (VI, 60). Nov. 22, cap. 24. 263

Seite

XI. Ueber die Verbindlichkeit aus der Auslobung einer Prämie, oder Belohnung für einen von irgend Jemandem erwarteten Dienst. L. 22. D. de praescr. verb. (XIX, 5). L. vn. C. de suffragio (IV, 3). L. 15. D. de praescr. verb. (XIX. 5)(. . . . . 271 — 280

§. 1. Allgemeine Grundsätze. Promissionen und Uebergang derselben in einen Vertrag. 271
2. Welche Klage daraus nach römischem Rechte entspringe? L. 22. D. de praescr. verb. (XIX, 5). L. vn. pr. C. de suffragio (IV, 3). 274
3. Beispiel bei dem furto concepto. L. 15. D. de praescr. verb. (XIX, 5). 277
4. Heutiges Recht. 279

XII. Beitrag zur Lehre von der Legitimation zur Erbfolge in das Vermögen eines Verschollenen. . . . . 281 — 296

§. 1. Römisches Recht. 281
2. Deutsches Recht. 283
3. Jetzige Praxis. 284
4. Nähere Bestimmung des Gegenstandes der Erörterung. Vorladung und Präclusion unbekannter Erbinteressenten; in wiefern sie nothwendig und zulässig sey. 287
5. Klaggrund und Legitimation des auf die Todeserklärung und Zusprechung des Vermögens des Verschollenen Antragenden. 288
6. Ob das Herkommen hierin von den Grundsätzen des gemeinen Rechts abweiche. 292
7-9. Resultat. 293

XIII. Schließt die eidliche Entsagung der den Weibern ertheilten Rechtswohlthaten, oder des Rechts aus dem SCto. Macedoniano, die Restitution wegen Minderjährigkeit an sich aus, oder muß der Eid ausdrücklich auf diese zugleich gerichtet seyn? . . . . . 297 — 305

§. 1. Bestimmung des Gegenstandes der Untersuchung. . . . 297
2. 3. Römisches Recht. L. 1. C. Si advers. vendit. (II, 28). 298
4. Authentica: Si qua mulier. 301
5. Anwendung dieser Grundsätze auf den Fall, wo eine minderjährige Frauensperson bei einer Intercession entweder allein ihren weiblichen Gerechtsamen, oder allein dem Rechte der Minderjährigkeit eidlich entsagt hat. . . . 303
6. Wirkung einer eidlichen Verzichtung des Rechts aus dem SCto Macedoniano, ohne der Restitution wegen Minderjährigkeit zu gedenken, und umgekehrt. 304

Seite

XIV. Beitrag zur Lehre von der Intervention. Welches Interesse wird zu Begründung der Haupt- oder Principalintervention erfordert? 306 — 321

§. 1. Allgemeine Grundsätze von der Intervention. 306
2. Bestätigung derselben durch das römische Recht. L. 63. D. de re iudicata (XLII,). 308
3. L. 6. D. de exceptione rei iudicatae (XLIV, 2). 310
4. Desgleichen aus den Rechtsbestimmungen über die subjective Klagenhäufung. 311
5. Nähere Entwickelung der Grundsätze über die Natur des erforderlichen Interesse a) bei Realklagen; 312
6. b) bei Personalklagen; 313
7. c) in gemischten Fällen. 316
8. Prüfung einiger, von der Intervention handelnden, Gesetzstellen, L. 29. pr. D. de inoff. testam. (V, 2). L. 14. pr. D. de appellat. (XLIX, 1). 317
9. L. 5. pr. D. eodem. L. 31. §. 1. D. depositi (XVI, 3). L. 34. D Soluto matrim (XXIV, 3). 319
10. L. 19. C. de liberali causa (VII, 16). 320

XV. Ueber die Beweislast bei der Klage gegen denjenigen, welcher als Bevollmächtigter mit dem Kläger einen Vertrag abgeschlossen hat. 322 — 330

§. 1. Allgemeine Grundsätze von der Verpflichtung und den Rechten dritter Personen aus Verträgen; 322
2. besonders in Anwendung derselben auf den Mandatscontract. 324
3. Fortsetzung. 326
4. Entwickelung der aufgeworfenen Frage. 328

XVI. Von Erbgeldern und ihren Rechten. 331 — 340

§. 1. Grundsätze des römischen Rechts von dem Uebergange des Eigenthums bei Erbsonderungen. 331
2. Deutsches Recht. 335
3. Ob ein Gewohnheitsrecht anzunehmen sey, wodurch in Ansehung der Erbgelder eine Ausnahme von den Grundsätzen des gemeinen Rechts begründet werde? 337

XVII. Ueber die Mortificirung auf den Inhaber (au porteur) gestellter Schuldverschreibungen. . . . . 341 — 348

§. 1. Einleitung. 341
2. Eigenthümlichkeit der auf den Inhaber gestellten Verschreibungen 342
3. Anwendung der daraus hervorgehenden Grundsätze auf die Mortificirung solcher Urkunden. 343
4. Fortsetzung. 345
5. Gerichtsstand für diese Verhandlung, und Wirkung der Mortificirung 346
6. Preußisches Recht. 347

Seite

XVIII. Von dem Klagrechte aus einem, unter einer aufschiebenden Bedingung eingegangenen, Vertrage vor Eintritt der letztern. . . 349 — 354

§. 1. Allgemeine Grundsätze von der Wirkung der Bedingungen bei Verträgen. 349

2. Rechte in Beziehung auf die durch einen bedingten Vertrag erworbene Hoffnung. 350

3. Auflösung des scheinbaren Widerspruches zwischen diesen Grundsätzen. 352

4. Erörterung über das Daseyn eines bedingten Vertrages vor dem Eintritte der Bedingung. 353

I.

Die Generalhypothek in Beziehung auf den dritten Besitzer.

Die Verfolgung des Pfandrechts gegen den dritten Inhaber ist zwar oft nach ihrer Härte gewürdigt worden, nie aber hat man, soviel mir bekannt ist, genau erörtert, in wiefern die Ausdehnung, welche gegenwärtig dieser Wirkung des Pfandrechts beigelegt wird, den Grundsätzen des römischen Rechts entspricht. Da die hinsichtlich der Specialhypothek vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen klar sind, so kann jene Frage nur in Ansehung der Generalhypothek aufgeworfen werden, bei welcher sie aber ein großes Interesse, sowol in theoretischer als practischer Hinsicht gewährt. Dieser Untersuchung sey daher diese Abhandlung gewidmet, welcher eine kurze Geschichte des Pfandrechts bei den Römern, und eine Zusammenstellung der, die Natur desselben und den Unterschied zwischen der besondern und der allgemeinen Hypothek bestimmenden, Rechtsgrundsätze zur Einleitung dienen mag.

1. In den ältern Zeiten Roms gewährte die Verpfändung einer Sache kein dingliches Recht an derselben, und der Pfandvertrag, (pignus depositum, contractus pigneratitius) obwol mit wirklicher Uebergabe der verpfändeten Sache verbunden, begründete nur persönliche Verbindlichkeiten zwischen den ihn abschließenden Theilen. Wider den Dritten standen damals dem Pfandgläubiger bloß die, auf Schutz im Besitze gerichteten, Rechtsmittel zu, keinesweges aber Klagen um den verlornen Besitz wieder zu erstreiten, und keine Vindication. Um jedoch den Gläubigern eine wirksamere Sicherheit zu verschaffen, führte man bald den Fiduciarvertrag (fiducia, contractus fiduciarius) ein, und übertrug ihm hierdurch die, seinen Anspruch zu decken bestimmte, Sache zu einem widerruflichen Eigenthume, indem man die Förmlichkeiten beobachtete, welche bei Veräußerungen des Letztern erforderlich waren, nemlich entweder die Mancipation, oder die gerichtliche Abtretung.[1]) War der Gläubiger in diesem Falle, vermöge des Fiduciarvertrages, dem wirklichen Inhaber eines zum strengen römischen

---

[1]) *Isidorus*, Origines Lib. V. cap. 25. hat hierüber folgende Stelle: „*Pignus* est, quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, caeterum dominium penes debitorem est. *Fiducia* est, cum res aliqua sumendae pecuniae gratia vel mancipatur, vel in iure ceditur.“ S. auch *Schulting*, Jurispr. vet. pag. 282. seq. Nota 1. Westphal, Pfandrecht, §. 63. Hugo, Rechtsgeschichte (5te Ausg.) §. 192.

Eigenthume übergegangenen Gegenstandes (dominium quiritarium, legitimum, civile) gleich zu achten, so fand er sich dort, durch den bloßen Pfandvertrag, in eine der Lage desjenigen ähnliche gesetzt, welchem nur der entgegenstehende, minder wirksame Grad des Eigenthums (dominium iuris gentium, naturale) zustand. [2])

Der zunehmende Verkehr machte die Förmlichkeiten des ältern Rechts in der Folge drückend, und leitete durch das Bedürfniß, zugleich mit der fortschreitenden Ausbildung der Rechtswissenschaft, auf eine Vereinfachung der Gesetzgebung. Nach dem Charakter dieser Entwickelung des römischen Civilrechts, aus dem menschlichen Verkehre selbst hervorzugehen und mehr durch folgerechte Anwendung und Verarbeitung einmal angenommener Grundsätze gebildet, als durch willkührliche Bestimmungen des Gesetzgebers begründet zu werden, ließ man den Fiduciarvertrag ferner bestehen und beschränkte sich darauf, die Wirkung des Pfandvertrages zu erweitern. Der Prätor legte demselben nemlich die Kraft bei, dem Gläubiger da, wo die Uebergabe der verpfändeten Sache nicht Statt gefunden hatte, ein Klagrecht auf die Herausgabe dieser Sache gegen den Schuldner zu geben, damit jener Vertrag in seine Wirklichkeit übergehen möge, und indem man hierdurch dem Pfandgläubiger ein, von dem Besitz der verpfändeten Sache

---

2) Westphal a. a. O. Hugo a. a. O. §. 85.

unabhängiges, Recht auf dieselbe einräumte, ging man bald so weit, ihm ein Gleiches gegen den Inhaber überhaupt zu gestatten. Der Begriff eines dinglichen Rechts für den Pfandgläubiger, der einer Hypothek, war hiermit eingeführt.

Eine zweite Wirkung der Ausbildung der Rechtswissenschaft zeigte sich in der Einführung des gesetzlichen, stillschweigend begründeten Pfandrechts, welches als sich von selbst verstehend in solchen Verhältnissen, wo es immer ausbedungen zu werden pflegte, endlich auch ohne eine ausdrückliche Uebereinkunft angenommen ward.[3]) Die Zeit seiner Entstehung ist ungewiß, wol eben weil dieselbe auf keinem Gesetze, sondern auf Praxis beruhet haben wird; doch ist es wahrscheinlich, daß es zuerst an den Früchten eines verpachteten Grundstücks wegen des rückständigen Pachtgeldes Statt gefunden hat; wo denn die, zwischen der fruchtbringenden Sache und der Frucht bestehende Verbindung, indem jene im Eigenthume und Besitze des Verpächters blieb, darauf geleitet haben mag. Nach der Trennung der Frucht vom Boden konnte nemlich das Eigenthum des Letzten nicht auf jene erstreckt werden, und so lag hierin, wie die Nothwendigkeit, so auch die Veranlassung eines besondern dinglichen Rechts.

Der immer an Wirksamkeit zunehmende fiscalische Geist der Kaiserregierung gab dem Begriffe der

---

[3]) Hugo a. a. O. §. 192.

gesetzlichen Hypothek bald eine neue Ausbildung, die für die ganze Lehre folgenreich ward. Ohne die Hypothek auf einzelne Sachen zu richten, fing man an, sie unbestimmt auf des Schuldners gesammtes Vermögen zu beziehen[4]), in Fällen, welche eine Auswahl einzelner zur Sicherheit des Gläubigers bestimmter Sachen nicht füglich gestatteten. Ueberdem scheint hierin nicht sowol bloß ein Beispiel der eigentlichen Generalhypothek (hyp. generalis absolute talis) im Gegensatze zu dem an einem Inbegriffe von Sachen, einer Heerde, einem Waarenlager, bestellten Pfandrechte (hyp. secundum quid generalis), sondern zugleich die Veranlassung der später so oft vorkommenden Begründung des allgemeinen Pfandrechts durch ausdrückliche Vereinbarung zu liegen. Die Hypothek an den Früchten eines verpachteten Grundstücks mag hierbei dahin geführt haben, künftige Erwerbungen als einen Gegenstand der Verpfändung zu betrachten, indem man diese wie Früchte des verpfändeten Vermögens behandelte. Und ward dieser künftige Vermögenszuwachs anfänglich nur durch ausdrückliche Bestimmung dem Pfandrechte in einem gegebenen Falle unterworfen, so vollendete die Gesetzgebung

---

4) Die Hypotheken des Staats,

1. wegen der Abgaben, L. 1. C. in quib. caus. pign
2. aus Verträgen, L. 2. C. eod. lit. L. 2. C. de privil. fisci,

beide durch Kaiser Antoninus Caracalla eingeführt, scheinen die ältesten gesetzlichen Generalhypotheken gewesen zu seyn.

endlich den Begriff der Generalhypothek, indem sie der unbestimmten Verpfändung des Vermögens die Wirkung beilegte, jenen Erwerb immer einzuschließen. [5])

2. Nach der endlichen Ausbildung dieses Zweiges der römischen Gesetzgebung geht der Unterschied der General- und Specialhypothek aus dem Umfange des Gegenstandes der Pfandbestellung hervor. Umfaßt das Pfandrecht das gesammte Vermögen des Schuldners, so ist ein allgemeines vorhanden; bezieht es sich hingegen nur auf einen Theil dieses Vermögens, so muß ein besonderes Pfandrecht angenommen werden, gleichviel ob sein Gegenstand in einer einzelnen Sache, oder in einem Inbegriff mehrerer Sachen besteht. Denn auch die Hypothek, welche an einer solchen Sachgesammtheit (universitas rerum), z. B. einer Büchersammlung, einer Heerde, bestellt ist, wird als eine Specialhypothek angesehen. [6])

Beide Arten der Hypothek werden auf dieselbe Weise begründet, durch Privatwillkühr nemlich, oder durch eine gesetzliche, oder eine richterliche Bestimmung. Allein wenn die Specialhypothek, wie überhaupt jede Begründung eines dinglichen Rechts an einer fremden Sache, die genaue Bezeichnung ihres

---

[5]) L. 9. C. Quae res pignori (VIII, 17.)

[6]) L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pignor. et hypoth. (XX, 1.) *Voet*, Comm. ad D. XX, 1. §. 2. *Malblanc*, Princ. Jur. Rom. § 568. *Bachov*, ad Treutl. Vol. II, pag. 9. Westphal Pfandr. §. 35. Thibaut System §. 638. u. A.

Gegenstandes erfordert, so genügt es bei der Generalhypothek, eben aus diesem Grunde, an einer allgemeinen Andeutung des ihr unterworfenen Vermögens, ohne nähere Angabe seiner Bestandtheile. Denn dieser Mangel beschränkender Bezeichnungen ist es grade, woraus der umfassende Begriff dieses Pfandrechts hervorgeht, daher jene allgemein ausgedrückte Bestimmung ihrem Zwecke ganz eigentlich entspricht. [7])

Die Formul der Generalhypothek ist übrigens gleichgültig, und wurde sie anfangs gewöhnlich so gefaßt, daß der künftige Vermögenszuwachs namentlich darin begriffen war: res quas habeo, habiturusve sum, oder: quidquid in bonis habeo habiturusve sum, etc. [8]) so muß gegenwärtig die Verpfändung des Vermögens überhaupt für gleichbedeutend genommen werden, nachdem, wie schon bemerkt worden ist, eine neuere Verordnung vorschreibt, daß der nachmalige Erwerb auch unter einer solchen Formul eingeschlossen und als stillschweigend bedungen angesehen werden soll. [9])

Die Generalhypothek begreift hiernach den Be-

---

7) *Voet*, Comm. XX, 1. §. 8. Hufeland Lehrb. des Civilr. §. 787. 791.

8) L. 6. L. 15, §. 1. L. 34, §. 2. D. de pignor. et hyp. (XX, 1.) L. 7, §. 1. L. 21. D. qui potior. in pign. (XX, 4.) L. 1. D. de distract. pign. (XX, 5.) L. 28. D. de iure fisci (XLIX, 14.)

9) L. 9. C. Quae res pign. (VIII, 17.) legt diese Wirkung namentlich der Formul bei: „fide et periculo rerum ad me pertinentium.“

stand des ihr unterworfenen Vermögens, so wie er zur Zeit der Bestellung ist und künftig, wenn das Pfandrecht verfolgt werden müßte, sich finden wird. Sie umfaßt das bewegliche und das unbewegliche Gut.[10]) Einzig diejenigen Sachen werden als davon ausgeschlossen angenommen, deren Veräußerung dem Schuldner nicht zustand, als die Dotalgüter, die mit einem Fideicommisse belegten Sachen und die Lehngüter[11]); ferner solche, welche derselbe wegen ihres unerläßlichen Gebrauches, muthmaßlich nicht hat verpfänden wollen, wie das nothwendigste Haus- und Erwerbsgeräthe[12]); endlich Sachen, die der Schuldner mit des Gläubigers Zustimmung veräußert, hiernächst aber wieder erworben hat.[13])

3. Auch in Ansehung ihrer Wirkung sind beide, das besondre und das allgemeine Pfandrecht, wesentlich von einander verschieden. Zwar äußern sie in soweit eine gleiche Wirksamkeit, daß sie unter übrigens gleichen Umständen nur den Vorzug des Alters ihrer

---

10) L. 1. 6. 7. D. de pignor. et hyp. (XX, 1.) L. 1. D. de distr. pignor. (XX, 5.) L. 9. C. Quae res pignor. (VIII, 17.)

11) pr. J. quibus alien. licet. (II, 8.) L. 5. 6. D. de fundo dot. (XXIII, 5.) L. ult. §. 2. C. comm. de legat. (VI, 43.) L. 8. C. ad L. Falcidiam (VI, 50.) II. Feud. 8, §. 1. 2. II. Feud. 39. S. übrigens Hufeland Lehrb. d. Civilr. §. 789.

12) L. 6. 7. 8. D. de pignorib. (XX, 1.)

13) L. 11. C. de remiss. pignorum. (VIII, 26.)

Bestellung anerkennen [14]); allein indem die Gesetze beide neben einander für denselben Gläubiger mit Erfolg bestehen lassen, und annehmen, daß das besondre Pfandrecht durch das allgemeine nicht ausgeschlossen oder überflüßig gemacht werde, so deuten sie schon damit auf eine bedeutende Verschiedenheit. Und eine solche findet sich denn auch in folgenden Bestimmungen.

Der Gläubiger, welchem zugleich mit einem allgemeinen ein besonderes Pfandrecht bestellt ist, kann von einem, mit einer jüngern Hypothek versehenen, Gläubiger vermöge des beneficii excussionis genöthigt werden, zuvor seine Befriedigung aus der Specialhypothek zu suchen, und erst, nachdem diese dazu unzureichend befunden worden ist, sein Pfandrecht und das demselben zustehende Vorrecht des Alters in Ansehung der übrigen Theile des ihm zugleich überhaupt verpfändeten Vermögens gelten zu machen. [15])

Der Schuldner kann ferner den Gegenstand eines besondern Pfandrechts nicht veräußern, ohne sich eines Stellionats schuldig zu machen, oder gar als Dieb

---

[14]) L. 2. D. qui potior in pign. (XX, 4.) L. 6. C. eod. lit. (VIII, 18.) L. 3. C. de remiss. pign. (VIII, 26.) *Sande* Decis. Frisic. L. III. Tit. 12. defin. 26. *Wordenhoff* de concursu et collisione hypothecae generalis et specialis. §. 16. seq. (in *Oelrichs* Thesaur. I, p. 691. seq.)

[15]) L. 47. pr. D. de iure fisci (XLIX, 14.) L. 1. C. de conv. fisci deb. (X, 2.) L. 9. C. de distr. pign. (VIII, 28.) L. 2. C. de pignorib. (VIII, 14.) *Wordenhoff*, l. c. §. 20.

in römischer Bedeutung dieses Ausdrucks betrachtet zu werden.[16]) Hingegen ist bei einer Generalhypothek die Veräußerung einzelner Bestandtheile des ihr unterworfenen Vermögens dem Schuldner nirgend untersagt.

Endlich steht die Generalhypothek der Freilassung von Sklaven nicht entgegen, wenn ein an dem Sklaven bestelltes besondres Pfandrecht sie völlig unwirksam macht.[17])

Die Rechtslehrer stellen eben dieser Verschiedenheiten wegen die Behauptung auf, daß ein besonderes Pfandrecht seinen Gegenstand enger umstricke und eine strengere Verpflichtung begründe, wie die Generalhypothek.[18])

4. Diese Eigenthümlichkeiten des allgemeinen Pfandrechts haben schon längst verschiedene Meinungen über die Wirkung desselben in Ansehung der einzelnen Bestandtheile des ihm unterworfenen Vermögens und

---

[16]) L. 19. §. ult. L. 66. pr. D. de furt. (XLVII, 2.) „Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam, quamvis dominus sit, furtum facit; sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat.“ L. 3. §. 1. D. Stellionatus (XLVII, 20.) L. 15, §. 2. D. de pignorib. (XX, 1.) L. 36, §. 1. D. de pignerat. act. (XIII, 7.)

[17]) Diese Modification des Lex Aelia Sentia findet sich in L. 3. D. de manumm. (XL, 1.) L. 29. D. Qui et a quib. manumm. (XL, 9.) §. 1. et 3. J. Quib. ex caus. (I, 6.) Tot. Tit. C. de servo pign. dat. manum (VII, 8.)

[18]) Z. B. *Lauterbach* Coll. XX, 1. 33. *Huber* Prael. ad Pand. XX, 1. 7. *Cuiacius* observat. et emend. XVII, 39.

deren Veräußerung, veranlaßt; und obwol dieser Gegenstand nirgend vollständig untersucht und aus den gesetzlichen Bestimmungen entwickelt sich findet, so wird dennoch eine kurze Darstellung der einzelnen darüber gefaßten Ansichten hier am rechten Orte stehen.

Einige wenige Schriftsteller [19]) haben in den Schwierigkeiten, welche der Verfolgung der Generalhypothek gegen den dritten Inhaber vormals im verpfändeten Vermögen begriffen gewesener Sachen oftmals entgegen stehen, so wie in der daraus für den, zum öffentlichen Verkehr erforderlichen, Credit hervorgehenden Gefahr einen Grund gefunden, die in der L. 67. D. de contrah. emt. vend. (XVIII, 1.) ausgesprochene Regel: res transit cum onere vel causa, für unanwendbar bei der Generalhypothek zu halten. Sie nehmen daher an, daß dieselbe den Veräußerungen einzelner Bestandtheile des ihr unterworfenen Vermögens so wenig entgegen stehe, daß vielmehr hiermit für die dadurch aus des Schuldners Eigenthum gegangenen Sachen eine Befreiung vom Pfandrechte bewirkt würde. Ohne diese Meinung vollständig zu begründen, beziehen sie sich auf eine Analogie

---

19) *Mevius* Consilia N°. 76., §. 32 — 37. und Decisiones P. VII. N°. 192, 5. *Hominel* Rhapsod. Quaest. Obs. 327. Dieser streitet mit seinen gewöhnlichen Waffen, indem er die entgegenstehende Meinung lächerlich zu machen strebt. „Id absurdum consequeretur," bemerkt er, „ut rusticus nec ova, nec pullos, nec detritam vestem vendere potuisset."

von der gesetzlichen Bestimmung über gewiße Sachgesammtheiten, als Gegenstand des Pfandrechts betrachtet, und auf die Verordnungen über die Freilassung von Sklaven.[20]) Eine auf diese Weise weniger ausgeführte, wie bloß angedeutete Ansicht war nicht geeignet, neue Erörterungen zu veranlassen; auch ist sie fast unbemerkt geblieben.

Die entschiedene Mehrzahl der Rechtslehrer und Practiker hat sich für die entgegengesetzte Meinung, für die strenge und unbedingte Anwendung jener Regel vom Uebergange der auf einer Sache haftenden Belästigungen, erklärt.[21]) Unter Anführung vieler Gesetzstellen, suchen sie aus dem Begriffe der Hypothek diese ihre Behauptung abzuleiten. Gewähre dieselbe ein dingliches Recht an ihrem Gegenstande, und umfasse besonders die Generalhypothek alle einzelnen Bestandtheile des ihr unterworfenen Vermögens, so müsse, folgern sie, die daraus entspringende Klage gegen jeden Besitzer einer Sache Statt finden, welche bei, oder nach Bestellung des Pfandrechts in des Schuldners Vermögen begriffen gewesen ist; und die Wirkung, vom Pfandrechte zu befreien, könne einzig denjenigen Veräußerungen beigemessen werden,

---

20) S. oben §. 3.

21) *Bachov* de pignoribus Cap. V. N°. 3. *Carpzov* Definition. P. II, const. 23. def. 12. *Lauterbach*, Coll. XX, 1. 34. *Voet*, Comm. XX, 1. 14. *Huber* Prael. ad Pand. XX, 1. 7. Höpfner Comment. §. 717. *Malblanc* Princ. J. R. §. 568, Thibaut System §. 638.

welche der Schuldner mit des Gläubigers Einwilligung vorgenommen hat. Die Gesetze von der Freilassung der Sklaven bei einem vorhandenen Pfandrechte sollen, nach ihrer Ansicht, ihren Grund in der Begünstigung der Freiheit haben und also, gleich den Verordnungen über den Verkauf einzelner Stücke eines verpfändeten Waarenlagers ꝛc., besondre Vorschriften enthalten, welche in den Eigenthümlichkeiten dieser Sachen gegründet, und eben deshalb nicht geeignet wären, einer allgemeinen Regel zur Grundlage zu dienen.

Einige Schriftsteller [22]) endlich suchen die Wahrheit in der Mitte und auf diese Weise gleichsam die vorbemerkten Meinungen mit einander zu vergleichen. Wie bei einem Waarenlager, einer Heerde u. d. m. müsse, schlagen sie vor, auch im Falle einer bestellten Generalhypothek, der Veräußerung einzelner Theile des verpfändeten Ganzen die Wirkung beigelegt werden, vom Pfandrechte zu befreien, allein nur insofern, als die Veräußerung innerhalb der Gränzen des gewöhnlichen Verkehrs stehen bleibe und mit dem Vorsatze geschehe, demnächst die Stelle der veräußerten durch eine andre Sache zu ersetzen.

5. Einer jeden dieser Meinungen stehen erhebliche Bedenklichkeiten entgegen. Die letzterwähnte zeigt sich als diejenige, welche am schwächsten begründet ist,

---

22) *Leyser*, Med. ad P. spec. 224, m. 6. Duistorp, Beiträge (Ausgabe von 1787) S. 355, folg.

weil die Vorschriften über die Wirkung einer, an einem Waarenlager, einer Heerde ꝛc. bestellten Hypothek aus den Eigenthümlichkeiten dieser Sachgesammtheiten abgeleitet sind. Die Ergänzung ist hier durch die Bestimmung der Sache bedingt, und da man von dem Vermögen eines Menschen dasselbe nicht annehmen kann, indem ein Jeder sein Kapital in sich selbst, in seiner Erwerbfähigkeit hat, so lassen sich jene Grundsätze nicht wol auf die Generalhypothek und ihren Gegenstand übertragen. Auf der andern Seite muß es unzuläßig erachtet werden, bei der Erklärung vorhandener Gesetze von dem Standpunkte des Gesetzgebers auszugehen, und durch den Nutzen oder den Nachtheil, den diese oder jene Auslegung bewirken möchte, sich bestimmen zu lassen. Dennoch kann nicht verkannt werden, daß die gemeine Meinung, so sehr sie sich als folgerecht empfiehlt, wirklich das dem nöthigen Verkehr unentbehrliche Vertrauen schwächen, und eine allgemeine Unsicherheit des Eigenthums herbeiführen müßte, sobald man sie mit Strenge durchzusetzen vermögte, und daß eben die Unmöglichkeit, den aufgestellten Grundsatz seinem ganzen Umfange nach in Anwendung zu bringen, auf die Vermuthung leitet, es habe der Gesetzgeber ein Andres verfügen, wenigstens die Regel nicht ohne Beschränkungen aufstellen wollen.

6. Erwägt man, was in der geschichtlichen Einleitung (§. 1.) angedeutet ist, daß die über die Natur des Pfandrechts und besonders der Generalhypothek vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen keine, die davon

geltenden Rechtsgrundsätze allererst aufstellenden, Vorschriften enthalten, sondern nur Anwendungen und höchstens Ausbildungen schon vorgefundener Begriffe darbieten, wie selbige aus dem Verkehr der Nation hervorgegangen und durch Gebrauch entwickelt waren; nimmt man auf den damaligen Gang der Gesetzgebung Rücksicht, wo selbst die Kaiser nicht leicht mit willkührlichen Vorschriften in das Civilrecht eingriffen, vielmehr nur dessen Grundsätze zu erläutern und zu bestätigen pflegten [23]), so daß die, bis Constantin ergangenen, gesetzlichen Bestimmungen weniger für eigentliche Gesetze, als für Beispiele des vorhandenen Rechts angesehen werden müssen; befolgt man endlich die hieraus hervorgehende Regel für die Bearbeitung des römischen Civilrechts, Dasjenige zuvor gehörig aufzufassen, was die Menschen, unter denen ein Rechtsinstitut sich gebildet hat, in dasselbe gelegt haben mögen [24]); so wird es zweckmäßig erscheinen, bei der gegenwärtigen Untersuchung von der Natur der Generalhypothek auszugehen, so wie die römische Gesetzgebung sie bestimmt, und den aus dem Begriffe abgeleiteten Grundsätzen eine Vergleichung mit den darüber vorhandenen Vorschriften des römischen Rechts folgen zu lassen.

---

23) Hugo Civ. Magaz. (2te Ausg.) I, 76. *Bach*, Hist. Jurispr. (edit. 4ta) p. 457, seq.

24) Hufeland, Abhandlungen aus dem Civilr. I, N°. II. über Ableitung der Rechtsbestimmungen.

Das allgemeine Pfandrecht, nach seiner Natur, und ohne Rücksicht auf besondre gesetzliche Bestimmungen erwogen, haftet auf dem gesammten Vermögen des Schuldners und bezweckt für den Gläubiger eine Sicherheit, welche nicht auf einzelne Bestandtheile des gedachten Vermögens beschränkt seyn, sondern das Ganze dergestalt umfassen soll, daß die, zur Begründung eines dinglichen Rechts erforderliche, Uebereinkunft wegen dessen eigentlichen Gegenstandes zu einer künftigen Auswahl des Gläubigers verstellt bleibt. Denn da die in dem allgemeinen Pfandrecht gegründete Hypothekklage nie auf das Ganze des demselben unterworfenen Vermögens, sondern immer nur auf einzelne Theile desselben gerichtet werden kann[25]); so ist in der Klage selbst jene Auswahl erst enthalten, und bis dahin also sowenig eines der einzelnen Bestandtheile, als das Vermögen selbst, dasselbe wie ein Inbegriff von Sachen und Rechten betrachtet, für mit einem dinglichen Rechte, einer Hypothek im strengen Wortverstande, beschwert zu nehmen, vielmehr der Eintritt dieses dinglichen Rechts als von einer Suspensivbedingung abhängig gemacht anzusehen. Bestrickt die Specialhypothek alle einzelnen

---

25) Dieses bedarf keines Beweises; doch würde zu diesem Zwecke die Bemerkung genügen, daß die Bestellung einer Generalhypothek und die darauf gegründete Hypothekklage nirgend den Universalerwerbungen beigezählt werden, keinen modum acquirendi universalem begründen. S. *Waldeck* Inst. Jur. R. §. 319. u. a. m.

ihr unterworfenen Sachen sofort (ex nunc) mit dem Pfandrechte; so begründet die Generalhypothek vorerst nur die Befugniß, Bestandtheile des ihr unterworfenen Vermögens künftig (ex tunc) mit dem eigentlichen Pfandnexus zu belegen. Es ist mithin die Generalhypothek wesentlich von einem Vertrage verschieden, welcher alle, bei Bestellung des Pfandrechts das Vermögen des Schuldners ausmachende, Stücke besonders und einzeln demselben unterwirft. Und eben in dieser ihr eigenthümlichen Natur ist der Grund zu finden, warum sie, selbst ohne ausdrückliche Verminderung, die künftigen Erwerbungen des Schuldners mit begreift.

Die muthmaaßliche Absicht der abschließenden Theile, nach den gesetzlichen Regeln über die Auslegung der Verträge erwogen[26]), entspricht dieser Deutung völlig. Denn einem Schuldner darf man den Willen nicht beilegen, seinem Gläubiger, welcher in der Lage sich befand, die Bedingungen des Vertrages vorzuschreiben, ein Opfer zu bringen, wie derselbe es nicht verlangt, wenigstens nicht ausdrücklich sich bedungen hatte. Daher kann nicht angenommen werden, daß der Schuldner in dem unvermeidlichen Verkehre des Lebens die Hände in einer Maaße sich habe wol-

---

26) Celsus sagt in L. 9. D. de verbor. oblig. (XLV, 1.) „Quidquid adstringendae obligationis est, fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere.“ L. 38, §. 18. eod.: „In stipulationibus cum quaeritur, quod actum sit: verba contra stipulatorem interpretanda sunt.“ u. a. m.

len binden lassen, wie nur aus den unzweideutigsten Willensäußerungen abzunehmen seyn würde. Auf der andern Seite steht nicht vorauszusetzen, daß der Gläubiger sich auf ein Recht habe wollen verweisen lassen, was in seinem vollen Umfange nie gelten gemacht werden kann. Beide haben also die Wirkung des eingegangenen Vertrages in der vorbemerkten Maaße sich gedacht, das verpfändete Vermögen nemlich als eine Sachgesammtheit, welche einem steten Wechsel unterliegt und in jedem Zeitraume sich anders zusammensetzt, angesehen und dabei dasselbe nur in soweit der Hypothek unterwerfen wollen, als erforderlich ist, für die Zukunft die Auswahl der Befriedigungsmittel, nach dem sodann vorzufindenden Bestande des verpfändeten Vermögens, sicher zu stellen.

Der Vertrag über die Generalhypothek steht also der Veräußerung einzelner Vermögenstheile nicht entgegen, gestattet vielmehr dieselbe nach einer stillschweigenden Uebereinkunft der Parteien, eben weil er den künftigen Zuwachs nicht als Vermehrung der Sicherheit, sondern als einen Ersatz des durch solche Veräußerungen bewirkten Abganges ansieht, oder mit andern Worten, weil er das verpfändete Vermögen als eine Sachgesammtheit nimmt.

Wenn nun nach dieser Ansicht auf der einen Seite die vom Gläubiger, durch die Anstellung der Hypothekklage getroffene, Wahl der zu seiner Befriedigung in Anspruch genommenen Sachen den Pfandnexus im eigentlichsten Wortverstande allererst begründet; so führen andrer Seits gewisse Verhältnisse die

Wirkung herbei, das verpfändete Vermögen als Sachgesammtheit gleichsam abzuschließen, und eben deshalb von diesem Zeitpunkte an die Veräußerungen einzelner Bestandtheile desselben nur unter Vorbehalt der, in dem allgemeinen Pfandrechte liegenden, Befugniß einer künftigen Auswahl seines nähern Gegenstandes zu gestatten. Ein solches Verhältniß tritt mit der vom Gläubiger geschehenen Einforderung der Schuld, weshalb die Generalhypothek bestellt ist, ein, noch mehr also mit der Einführung der Klage darauf. Denn nunmehr ist die Suspensivbedingung, von deren Daseyn die Begründung des eigentlichen Pfandnexus abhängig gemacht war, wirklich eingetreten und die Wahl des Gegenstandes entweder zugleich getroffen, oder als nahe bevorstehend angemeldet; und dieser Auswahl muß das Vermögen des Schuldners in seiner jetzigen Zusammensetzung erhalten werden. In dem Tode des Schuldners oder der durch eine Handlung unter Lebenden titulo universali vorgenommenen Uebertragung des verpfändeten Vermögens, findet sich ebenfalls eine Veranlassung, den künftigen Veräußerungen aus dem Nachlasse die Wirkung abzusprechen, ihren Gegenstand von der Generalhypothek zu befreien. Mit diesem Ereignisse wird nemlich das verpfändete Vermögen als Sachgesammtheit abgeschlossen, da selbst der Erbe, der die Erbschaft unbedingt angetreten hat, und also über derselben Belauf hinaus dem Gläubiger haften muß, nur für seine Person solches thut, nicht aber in Ansehung seines ursprünglichen Eigenthums hypothekarisch verpflichtet

wird. Auch wächst der künftige Erwerb des Erben nur seinem Vermögen, nicht aber dem ererbten Nachlasse zu. Der Gegenstand der Generalhypothek hört also auf, ein für sich bestehendes Vermögen, eine universitas iuris zu seyn, und wird Theil eines andern Vermögens. Von nun an ist daher jenes Pfandrecht nach den Grundsätzen der eigentlichen Generalhypothek nicht mehr zu beurtheilen, und die einzelnen Bestandtheile, für die es durch fernern Erwerb keinen Ersatz mehr giebt, müssen dem Pfandrechte bis zur Auswahl des Gegenstandes der dem Gläubiger zukommenden Befriedigung und in sofern bedingt unterworfen erachtet werden. Endlich ist ein solches Verhältniß auch in dem Falle anzunehmen, wenn der Schuldner in Vermögensverfall geräth. Indem nemlich unter diesen Umständen die fortschreitende Abnahme des Vermögens das, bei der Hypothekbestellung vorausgesetzte, Gleichgewicht zwischen Abgang und Zuwachs aufhebt, so kann die bei dem Vertrage anzunehmende stillschweigende Genehmigung künftiger Veräußerungen einzelner Vermögenstheile dem Gläubiger ferner nicht beigemessen werden. Ueberdem würden in einem Falle, wo des Schuldners unstreitiges Unvermögen die Veräußerungen als Verkürzungen der Gläubiger anzusehen nöthigt, und diesen unter Umständen sogar wegen bloß persönlicher Ansprüche solche Veräußerungen anzufechten zusteht, dem mit einer Generalhypothek versehenen Gläubiger, das dingliche Klagrecht aus derselben gegen den dritten Besitzer nicht versagt werden können.

7. Gehen die hier entwickelten Grundsätze aus der Natur der Generalhypothek hervor, wie diese aus den vorhandenen Bestimmungen der Gesetze abzunehmen ist, so wird nunmehr zu untersuchen seyn, ob dieselben selbst in den Vorschriften des Rechts anerkannt und in wiefern sie in denselben aufgestellt sind? Daß es hierbei nicht ausdrücklicher Verordnungen bedarf, und es in deren Ermangelung genügend erachtet werden muß, den Einklang der vorhandenen Bestimmungen mit den aus dem Begriffe entwickelten Grundsätzen darzuthun, kann den Umständen nach nicht zweifelhaft seyn. Es ist bereits bemerkt worden, daß die Gesetze das allgemeine und das besondre Pfandrecht nothwendig in ihren Wirkungen unterscheiden müssen, weil sie beide neben einander bestehen lassen; indem sonst die Generalhypothek, beschränkte sich der Unterschied zwischen Beiden einzig auf den Umfang ihres Gegenstandes, die Specialhypothek einschließen und also überflüßig machen würde. Diese Verschiedenheit tritt nun in vielfacher Hinsicht hervor, und indem die Gesetze dabei stets in Uebereinstimmung mit den erwähnten Grundsätzen sich zeigen, bewähren sie derselben Richtigkeit. Einmal, indem die Gesetze da, wo Jemanden zugleich mit einer Special-, eine Generalhypothek ertheilt ist, den andern Pfandgläubigern das Recht geben, denselben zur vorläufigen Verfolgung der Specialhypothek zu nöthigen und von der Generalhypothek nur in soweit Gebrauch zu machen, als er auf jenem Wege seine Befriedigung nicht erlangen

sollte. Diese Befugniß, das sogenannte beneficium ordinis, gründet sich in folgenden Gesetzstellen:

L. 2. D. qui potior. in pign. (XX, 4.) „Quod si ea conventio prioris (creditoris) fuit, ut ita demum caetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae specialiter[27]) accepit, servari non potuisset; deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus invenietur.“ Freilich wird hier angenommen, daß der Vertrag das allgemeine Pfandrecht nur im Nothfall, in subsidium, der Specialhypothek hinzugefügt habe; dieses ist jedoch so wenig der Grund der gegebenen Bestimmung, daß vielmehr die Gesetze überhaupt jeder Verbindung beider Arten des Pfandrechts dieselbe Wirkung beilegen, indem sie jene Uebereinkunft, daß die Generalhypothek sodann nur subsidiarisch eintreten solle, als stillschweigend getroffen, oder aus der Natur der Sache hervorgehend betrachten. So sagt nemlich L. 2. C. de pignoribus (VIII, 14.) „Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum accepisse, et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque, si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum; ea, quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti,

---

27) Daß dieses die rechte Lesart, und die gewöhnliche: „generaliter“ fehlerhaft sei, läßt sich nach dem Zusammenhange nicht bezweifeln. *Cuiacius* Observ. XI, 32. *Sande* Dec. Fris. III, 12, 26. Westphal, Pfandr. §. 41. Note 64.

interim tibi non auferri praeses provinciae iubebit.“ Desgleichen L. 9. C. de distract. pignor. (VIII, 28.) „Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quod si quid deerit, non prohibemini caetera etiam bona iure conventionis consequi.“

Der eigentliche Grund dieser Bestimmung ist allerdings die Billigkeit, offenbar liegt jedoch derselben zugleich die Ansicht unter, daß nur die Specialhypothek ihren Gegenstand sofort und unbedingt dem dinglichen Rechte unterwerfe, hingegen bei der Generalhypothek die volle Wirksamkeit desselben erst dann eintrete, wenn die vorbehaltene Auswahl des Objekts den Umständen nach getroffen werden kann und wirklich getroffen wird. Es steht diesem nicht entgegen, daß im ersten Rescripte der Grundsatz: et aequale ius **in omnibus** habere, aufgestellt wird, da diese Worte theils nicht zur gesetzlichen Bestimmung gehören, theils in einem beschränkten Sinne genommen werden müssen, indem sie sonst zu viel, mithin nichts erweisen würden. Die letztere Gesetzstelle bedient sich dagegen allein von der Generalhypothek des Ausdrucks **consequi bona**, wenn in Ansehung der Specialhypothek bloß des Verkaufs Erwähnung geschieht und scheint damit anzudeuten, daß es hier nichts weiter bedarf, wenn dort das dingliche Recht eigentlich noch erworben werden muß, um das Veräußerungsrecht aus dem Pfandrechte gelten zu machen.

8. Der Unterschied zwischen beiden Arten des Pfandrechts zeigt seine Wirksamkeit ferner in Ansehung des, dem Pfandgläubiger obliegenden, Beweises über des Schuldners Befugniß zur Verpfändung. Da ein Pfandrecht in der Regel nur in sofern gültig bestellt werden kann, als sein Gegenstand zur Zeit der Errichtung des darüber eingegangenen Vertrages im Eigenthume des Schuldners sich befand[28]), so liegt dem, seine Hypothek gegen den dritten Inhaber verfolgenden, Gläubiger der Beweis über diesen Umstand ob.[29]) Allein bei der Generalhypothek fällt dieses hinweg. L. 15. §. 1. D. de pignor. et hyp. (XX, 1.) sagt das ausdrücklich: „Quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam — ut caetera etiam bona teneantur debitoris.“ Diese Verordnung hat einen zwiefachen Grund. Einmal, weil der künftige Erwerb des Schuldners von der Generalhypothek umfaßt wird, so kann die Zeit der Verpfändung nicht allein berücksichtigt werden, und es muß genügen, wenn die zur Befriedigung in Anspruch genommene Sache auch erst später des Schuldners Eigenthum geworden ist. Sodann, weil

---

[28]) L. 7. C. de rebus alien. non alien. (IV, 51.) L. 36, §. 1. D. de pignor. actione (XIII, 7.) L. 18. D. de pignor. et hyp. (XX, 1.)

[29]) L. 23. D. de probationibus (XXII, 3.)

die Generalhypothek dem Gläubiger nicht sowol ein dingliches Recht auf jede einzelne, im Vermögen des Schuldners begriffene Sache, als vielmehr nur die Befugniß giebt, unter Umständen ein solches zu begründen. Der Zeitpunkt des Vertrages kann also auch in dieser Hinsicht so wenig entscheidend seyn, als durch die Bestellung einer Generalhypothek eine Veräußerung in Beziehung auf die einzelnen Besitzthümer des Schuldners eintritt.

In natürlicher Verbindung hiermit steht ferner die Vorschrift über die Veräußerung verpfändeter Sachen. Wenn bloß die Bestellung einer Specialhypothek als eine wirkliche Veräußerung anzunehmen ist, und dabei das Verbot gegen solche Verfügung über fremdes Gut in Anwendung gebracht wird; so kann dagegen auch die, einer Verpfändung folgende, fernere Veräußerung wie eine Beeinträchtigung fremden Guts nur allein in dem Falle betrachtet werden, wo sie den Gegenstand einer Specialhypothek trifft. Dieses ist, warum die Gesetze nur in dem eben gedachten Falle die Veräußerung als ein Stellionat, oder einen Diebstahl ansehen und geahndet wissen wollen, bei der Generalhypothek aber von einer solchen Ansicht nicht ausgehen. Denn wenngleich es für einen Zufall angenommen werden könnte, daß L. 19, §. 6. D. de furtis und L. 3, §. 1. D. de stellionatu in der einfachen Zahl sich ausdrücken: rem pignoratam, rem alii obligatam, und also jene Beschränkung der gesetzlichen Vorschrift auf den Fall einer Specialhypothek hieraus keineswegs abzuleiten

seyn möchte; so ist dagegen L. 66, pr. D. de furtis (XLVII, 2.) deutlich und entscheidend. „Si is, qui rem pignori dedit," heißt es daselbst, „vendiderit eam, quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat." Nicht nur beim Faustpfande, wo mit dem dinglichen Rechte zugleich der Besitz auf den Gläubiger übergegangen war, sondern auch im Fall einer Hypothek, aber namentlich bloß einer besondern, speciali pactione ꝛc. soll die nachmalige Veräußerung den benannten Verbrechen gleich geachtet werden. Beides, die Zusammenstellung mit dem Faustpfande, welches immer nur an einzelnen Sachen bestehen kann, und der Umstand, daß hier eine Ausnahme von der Regel, vermöge deren Niemand an seinem Eigenthume einen Diebstahl soll begehen können, gemacht worden ist, eine solche aber bei den Worten der Verordnung stehen zu bleiben nöthigt, rechtfertiget jene Auslegung des Gesetzes. Ist hiernach die Veräußerung einzelner Bestandtheile eines der Generalhypothek unterworfenen, Vermögens keine verbotene Handlung, mithin für erlaubt zu nehmen, so kann von jenem Verbote nur deshalb eine Ausnahme gemacht seyn, weil das Recht des Gläubigers in diesem Falle jene einzelnen Sachen nicht unbedingt betrifft, das dingliche Recht vielmehr nur auf dem Vermögen des Schuldners, als auf einer Sachgesammtheit haftet, und in Ansehung der Bestandtheile desselben erst demnächst begründet wird. Hätte der Gesetzgeber die Hypothekklage gegen den Dritten-Besitzer auch bei

der Generalhypothek als Regel gestatten wollen, welche Rücksichten hätten ihn abhalten können, hier den Veräußerungen, eben wie bei der Specialhypothek, durch eine unbeschränkte Aufstellung der vorgedachten Sanction vorzubauen? Die Rücksicht auf den Verkehr gewiß nicht, will man anders den Widerspruch ihm nicht beilegen, daß er deshalb Veräußerungen als erlaubt angesehen und dennoch gestattet habe, durch die Hypothekklage dieselben in jedem Falle wieder anzufechten, und wo nicht gänzlich, doch großentheils und zwar gewöhnlich zur Ueberschnellung des dritten Besitzers, unwirksam zu machen. Und doch war die Berücksichtigung eben dieses Dritten wol ein Hauptgrund bei jenem Strafverbote. Denn da der Gläubiger durch seine Hypothekklage sichergestellt sich findet, bedurfte es dieses Verbotes weniger für ihn, als zur Abwendung des, aus den Veräußerungen verpfändeter Sachen, wegen der Ungewißheit des dadurch begründeten Besitzstandes, dem öffentlichen Glauben erwachsenden, Nachtheils.

9. Wie mit dem gesetzlichen Unterschiede zwischen der General- und der Specialhypothek, so finden die aus der Natur des allgemeinen Pfandrechts entwickelten Grundsätze sich auch in Uebereinstimmung mit dem gesetzlichen Sprachgebrauche.

Die Römer bezeichneten die Generalhypothek gewöhnlich mit dem Ausdrucke: pactum bonorum, conventio ad bona collata, hypotheca bonorum,

bona pignori data etc.[30]), gebrauchten aber diese Bezeichnung immer nur da, wo nicht etwa gewisse Sachen in einer Mehrzahl, sondern wo die Bestandtheile eines, als ein Ganzes gedachten, Vermögens angedeutet werden sollen. Mit der Benennung bona, welche gleichbedeutend mit dem Ausdrucke patrimonium genommen ward, verbindet die römische Gesetzgebung stets den Begriff einer Sachgesammtheit, und zwar einer universitas iuris.[31]) Von einer solchen aber stellt das römische Recht bekanntlich den Grundsatz auf, daß sie, des Wechsels ihrer Bestandtheile ungeachtet, immer dasselbe Ganze ausmache, und daß bei ihr nicht sowol der gegenwärtige Bestand, als vielmehr ein Gedankenwesen angenommen werde, nemlich der Umfang des Besitzthums einer Person in einem künftigen, entweder zuvor bedungenen, oder von gewissen Ereignissen abhängig gemachten Zeitpunkte, wo gleichsam ein Abschluß eintreten soll.

---

30) Z. B. L. 15, §. 1. L. 34, §. 2. D. de pignor. et hypoth. (XX, 1.) L. 1. D. de distract. pign. (XX, 5.) L. 2. C. de pignoribus (VIII, 14.)

31) L. 208. D. de Verb. Sign. (L. 16.) „Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat.“ L. 3. pr. D. de bon. poss. (XXXVII, 1.) „Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt, universitatis cuiusque successionem, — .“ *Lauterbach* Coll. XX, 1. 21. sagt daher, obwol er diese Ansicht nicht verfolgt: „Generalis hypotheca dicitur, quae constituta est in aliqua rerum universitate.“

Es begründet nemlich der bekannte; durch die Rede des Kaisers Hadrian veranlaßte, Senatsbeschluß die Regel, daß bei solchen Sachgesammtheiten der Preis einer daraus verkauften Sache in die Stelle derselben tritt, und umgekehrt, die angeschaffte Sache das darauf verwendete Geld ersetzt.[32]) Eine Regel, welche zwar in den auf uns gekommenen Stellen dieses Gesetzes nur in Beziehung auf den Besitzer einer Erbschaft aufgestellt wird, allein in Ausdrücken, welche sie keinesweges auf solchen Fall beschränken und so gefaßt ist, daß sie aus dem Begriffe der Sachgesammtheiten dieser Art, (universitates iuris) abgeleitet und also allgemein anwendbar erscheint. So sagt L. 22. D. de hered. petit. „quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae, pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum;“ und L. 20, §. 10. ibidem bemerkt ausdrücklich „non solum in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi vel alia universitate.“

Von demselben Gesichtspunkte geht das römische Recht bei der Bestimmung aus, daß bei der Uebertragung einer universitas iuris nur für die Entwährung des Ganzen, nicht aber für die der einzelnen Bestandtheile gehaftet werden müsse. „Servi venditor,“ sagt Paulus in L. 5. D. de evictionibus,

---

32) L. 20, §. 1. 2. 10. 12. L. 22. D. de heredit. petit. (V, 3.) *Heineccius* opusc. posth. pag. 486. 499. seq.

(XVI, 2.) „peculium accessurum dixit: si vicarius [33]) evictus sit, nihil praestaturum Labeo ait; quia —. Aliter, si nominatim, servum accedere dixisset, tunc enim praestare deberet, in peculio eum esse;“ und L. 1. C. eodem (VIII, 45.) verordnet: „Evictio non praestatur in singulis rebus, cum hereditatem venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit.“ Wofern nun die Gewährleistung hier bloß in Hinsicht eines idealen Ganzen verlangt werden kann, wird das Recht des Erwerbers auf dieses Ganze nothwendig beschränkt, und wo an jenem Ganzen nur ein dingliches Recht dem Andern eingeräumt ist, muß die freie Befugniß, über einzelne Stücke desselben mit unbeschränkter Wirkung zu verfügen, dem Eigenthümer ferner verbleiben. Eine gleiche Ansicht finden wir ferner in dem Rechtsgrundsatze: bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno; welcher allgemein gilt und besonders da angewendet wird, wo von der Uebertragung, oder von der Zusage des künftigen Uebergangs des Vermögens einer Person die Rede ist. [34]) Endlich wird vom Peculium, was die Römer stets als Sachgesammtheit

---

[33]) Vicarius, scil. servus war der zum Peculium eines Sklaven gehörende Sklave. S. L. 17. D. de peculio (XV, 1.) ibique Gothofredus.

[34]) L. 2, §. 1. D. de collat. bonor. (XXXVII, 6.) L. 6. in fine, C. eod. (VI, 20.) L. ult. C. de bon. quae liber. (VI, 61.) L. 11. D. de iure fisci (XLIX, 14.) L. 72. pr. D. de iure dot. (XXIII, 3.)

betrachteten und ein kleines Vermögen nannten [35]), angenommen, daß es einem steten Wechsel seines Umfangs und seiner Bestandtheile unterworfen sey. „Peculium," sagt L. 40. D. de peculio (XV, 1.) „nascitur, crescit, decrescit et moritur." [36])

In allen diesen Rücksichten zählen es also die römischen Gesetze zu den Eigenthümlichkeiten der in einem Vermögen bestehenden Sachgesammtheiten, daß die Rechte, die Jemanden an einer derselben zustehen, nicht auf ihren einzelnen Bestandtheilen haften und mithin, bei vorkommenden Veräußerungen solcher Bestandtheile nicht gegen den dritten Inhaber verfolgt werden können; daß vielmehr der Gegenstand eines Rechts dieser Art immer nur als ein Ganzes gedacht wird und, ohne dessen Zusammensetzung in Betracht zu ziehen, in einem Inbegriffe von Sachen und Befugnissen besteht. Der Sprachgebrauch also und die vom Uebergange eines Vermögens und dessen Natur vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen, entsprechen gänzlich den oben, aus dem Begriffe der Generalhypothek abgeleiteten, Grundsätzen, indem sie den Gegenstand derselben als eine Sachgesammtheit, universitas iuris, zu betrachten uns nöthigen. Die Anwendung dieser Ansicht auf die Generalhypothek ist nemlich von einleuchtender Wirkung, denn wo es

---

35) L. 5. §. 3. D. de peculio (XV, 1.) „Peculium dictum est, quasi patrimonium pusillum." S. auch L. 20. §. 10. D. de hered. petit. (V, 3.)

36) Vergl. noch L. 33 et 34. D. eod. lit.

heißt: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, wo ferner einzelne Bestandtheile nicht gewährt zu werden brauchen, kann die Veräußerung solcher Stücke des im Ganzen verpfändeten Vermögens nicht wol unter Vorbehalt des Pfandrechts geschehen und dieses sodann gegen den dritten Inhaber verfolgt werden. Der Ersatz für solche Verminderungen der Hypothek muß dann, bald in der Gegenleistung, wenn ein oneröser Vertrag unterliegt, bald im künftigen Erwerbe allein, wo Handlungen der Freigebigkeit eingetreten sind, gesucht werden. Von Veräußerungen auf den Todesfall kann aber kein Einwurf entnommen werden, indem diese sich auf einen Zeitpunkt, oder ein Ereigniß beziehen, mit welchen die Sachgesammtheit, wie bald gezeigt werden wird, ein Ende nimmt.

10. In unmittelbarer Beziehung auf die Generalhypothek finden wir diese Ansicht aufgestellt in L. 9. C. Quae res pignori (VIII, 17.): „Si quis in cuiuscunque contractus instrumento ea verba posuerit: fide et periculo rerum ad me pertinentium, vel: per earum exactionem satisfieri tibi promitto; sufficere ea verba ad rerum tam earum quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus; nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri; cum sit iustum voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptiones inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas sup-

ponere debitor dixerit, non adiecto: tam praesentes, quam futuras; ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur.“ Denn indem hier Justinian aus der Natur der Generalhypothek und dem muthmaßlichen Willen der Contrahenten eine Folgerung zieht, um einen damals in den Gerichten aufgeworfenen Zweifel zu lösen, zeigt sich der Gesichtspunkt, aus welchem die Urheber des römischen Rechts die Generalhypothek betrachteten.

Die Verpfändung des künftigen Vermögenszuwachses war längst eingeführt, pflegte jedoch, wie die, in den Fragmenten der Gesetzsammlungen des römischen Rechts enthaltenen, Formuln ergeben, ausdrücklich zu geschehen, indem man das gegenwärtige und zukünftige Vermögen namentlich dem Pfandrechte unterwarf.[37]) War nun von diesem Gebrauche abgegangen und ein Pfandrecht in allgemeinen Ausdrücken an des Schuldners Vermögen, ohne nähere Bezeichnung, bestellt worden, so mag eine solche Hypothek verschiedentlich nur auf die, zur Zeit des Vertrages dem Schuldner zuständig gewesenen, Sachen bezogen und also wie eine uneigentliche Generalhypothek (hypotheca secundum quid generalis) betrach-

---

[37]) L. 7, §. 1. L. 21. pr. D. Qui potior. in pign. (XX, 4.) L. 1, pr. L. 6. L. 15, §. 1. L. 34, §. 2. D. de pignoribus (XX, 1.) L. 28. D. de iure fisci (XLIX, 14.) L. 3. C. de servo pign. dato (VII, 8.) So war es sogar bei den Verordnungen, welche gesetzliche Hypotheken einführten. L. 6, §. 2. L. 8, §. 4. C. De secund. nupt. (V, 9.)

tet seyn. Die weitere Ausbildung des Begriffes ergab endlich, daß das allgemeine Pfandrecht auch den zukünftigen Erwerb wesentlich umfasse; und dieser Grundsatz wird in dem erwähnten Gesetze ausgesprochen, welches keine neue Bestimmungen aufstellen soll, sondern eine sogenannte Declaration enthält. Wo das gesammte Vermögen in allgemeinen, eine Beschränkung auf dessen gegenwärtigen Bestand nicht gestattenden, Ausdrücken zur Hypothek eingesetzt ist, soll eine Generalhypothek angenommen und also der nachmalige Vermögenszuwachs darunter begriffen erachtet, hiernach auch nicht nur die künftigen, sondern selbst die schon errichteten Hypothekverträge ausgelegt werden. Es liegt dieser Verordnung offenbar die Anwendung der Grundsätze von den Sachgesammtheiten zum Grunde, wie sie zuvor entwickelt sind, und eben weil das Gesetz den Gegenstand eines allgemeinen Pfandrechts hiernach beurtheilt, gründet es in der eigenthümlichen Natur dieser Art der Hypotheken eine Abweichung von den, für die Auslegung andrer Rechtsverhältnisse unter übrigens gleichen Umständen vorgeschriebenen, Regeln. [38]) Denn bei

---

38) *Bachov* de pignoribus I, 5. 2. findet wegen dieser Abweichung von der Regel in jenem Gesetze eine völlig neue Bestimmung; welches aber offenbar des Gesetzgebers Ansicht nicht gewesen ist, wie die Fassung des Gesetzes sowol, als besonders seine Beziehung auf früher eingegangene Hypothekverträge darlegt. *Perez* Comm. ad Cod. VIII, 17. §. 13 et 14. tritt dagegen der obigen Auslegung bei.

Schenkungen, bei Vermächtnissen und beim Kaufe wird der allgemeinen Bezeichnung von Sachen einer gewissen Art, vestem meam, aurum meum omne, ꝛc. nie eine Beziehung auf künftigen Erwerb beigelegt, der Wille der Contrahenten, oder des Erblassers vielmehr immer im beschränkten Sinne genommen. [39]) Aber freilich kann in diesen Fällen von einer ferner bestehenden Sachgesammtheit keine Rede seyn.

11. Eine abermalige Anwendung des Begriffes der Sachgesammtheit auf die Generalhypothek selbst, geht aus der Bestimmung des L. 29, pr. D. de pignoribus (XX, 1.) hervor. „Paulus respondit," heißt es in diesem Fragmente, „generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum; sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa acquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris." Es soll also die, in einer bestellten Generalhypothek gegründete, Pfandklage zwar nach des Schuldners Tode gegen dessen Erben Statt finden, aber nur die, aus dem Nachlasse des Ersten herrührenden, Stücke betreffen, und nicht diejenigen, welche dem Erben aus irgend einem andern Grunde zustehen mögten, zum Gegenstande haben. In dem Rechtsfalle, welcher diesem Ausspruche des Paulus zum Grunde gelegt war, muß das allgemeine Pfandrecht entweder ausdrücklich auf den künftigen Vermögenszuwachs erstreckt gewesen

---

[39]) L. 7. L. 27, §. 2. L. 34. pr. D. de auro, argento leg. (XXXIV, 2.)

seyn, oder der Rechtsgelehrte bereits angenommen haben, daß sie denselben wesentlich umfasse; denn sonst hätte die Frage nicht aufgeworfen werden können, ob des Erben Vermögen und dessen nachmaliger Erwerb als in der Hypothek begriffen angesehen werden müsse? Erwägt man zugleich, daß zur Zeit des Paulus das erst später eingeführte beneficium inventarii noch unbekannt war, mithin ein Jeder, welcher Erbe geworden, unbedingt für seines Erblassers Schulden haften mußte und des ursprünglichen Schuldners Stelle vertrat; so würde die Generalhypothek auch auf das eigenthümliche Vermögen des Erben und dessen nachmaligen Erwerb haben erstreckt werden müssen, wenn das römische Recht den Gegenstand dieses Pfandrechts nicht als eine Sachgesammtheit, einen des Schuldners Vermögen ausmachenden, auf dessen Eigenthum aber beschränkten, Inbegriff von Rechten und Sachen, betrachtet wissen wollte. Nur indem man von diesem Gesichtspunkte ausgieng, konnte die Entscheidung so ausfallen; denn die, in dem verpfändeten Vermögen enthaltene, Sachgesammtheit nimmt mit dem Uebergang auf den Erben ihr Ende, da dessen Vermögen nicht der Erbschaft, wol aber diese jenem zuwächst; so wie der nachmalige Erwerb des Erben nur sein Vermögen, nicht aber den damit verbundenen Nachlaß des Schuldners vermehrt. Und wenn der Erbe auch hier über den Betrag der Erbschaft hinaus verpflichtet ist, so findet dieses nicht vermöge der Hypothekklage Statt, vielmehr trifft ihn in solcher Hinsicht bloß die persönliche Schuldklage.

Hiernach erscheint die Entscheidung des angeführten Fragments durchaus folgerecht, indem das Aufhören der verpfändeten universitas iuris, durch ihren Uebergang in eine andre, nothwendig mit der Natur des Gegenstandes der bisherigen Generalhypothek zugleich die dieser Hypothek selbst verändern muß. Von nun an zeigt sich uns diese mithin als eine hypotheca secundum quid generalis, die bloß als eine, an den einzelnen vom ursprünglichen Schuldner hinterlassenen Stücken bestehende, Specialhypothek zu betrachten ist.

Ein andres Gesetz, L. 1. C. comm. de Legat. (VI, 43.) wovon weiter unten ausführlicher gehandelt werden wird [40]), bringt dieselbe Ansicht in Anwendung. Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich nicht nur überhaupt ein Beweis dafür, daß die Generalhypothek nach den Grundsätzen von den Sachgesammtheiten im römischen Rechte beurtheilt wird, sondern zugleich für eine der besondern, aus dem Begriffe des allgemeinen Pfandrechts entwickelten (S. oben §. 6.), rechtlichen Bestimmungen über den Abschluß dieser Sachgesammtheit hinsichtlich der Generalhypothek durch den Tod des Schuldners.

12. Hieran schließt sich die Vorschrift des römischen Rechts, daß des Gläubigers Einwilligung in die Veräußerung einer verpfändeten Sache diese von der Hypothek befreie [41]), indem die Gesetze hieraus eine

---

40) S. §. 36.

41) L. 4, §. 1. 2. L. 8, §. 6. seq. L. 10, pr. D. Quib.

Verzichtleistung des Schuldners folgern. Zwar scheinen die diesen Gegenstand betreffenden Stellen des römischen Rechts nur Fälle vor Augen zu haben, wo eine Specialhypothek bestand; allein ihre Bestimmung gründet sich keineswegs in der eigenthümlichen Natur dieses Pfandrechts und muß also gleichfalls bei der Generalhypothek angewendet werden. Da nun eine ausdrückliche Einwilligung hier nicht erfordert, vielmehr der stillschweigenden Gestattung eines, dem Gläubiger zuvor zur Kenntniß gekommenen, Verkaufs die Wirkung einer Verzichtleistung beigelegt wird[42]); so muß man, aus dem muthmaßlichen Willen der vertragenden Theile bei Bestellung einer Generalhypothek, eine solche vorläufige Genehmigung der Veräußerung einzelner Bestandtheile des verpfändeten Vermögens abnehmen. Denn der Gläubiger muß hier nicht nur die Nothwendigkeit von solchen Veräußerungen, sondern zugleich die Unmöglichkeit vorhersehen, sein Pfandrecht in Ansehung aller auf diese Weise aus des Schuldners Vermögen gegangenen Stücken verfolgen zu können. Die Bestimmung einer Gränze darf hier aber nicht der Willkühr zum Nachtheil des dritten Inhabers überlassen bleiben.

---

modis pign. solv. (XX, 6.) L. 2 et 4. C. de remiss. pignor. (VIII, 26.)

42) L. 4, §. 1. D. Quib. mod. pign. solvit. (XX, 6.) „Si in venditionem pignoris consenserit creditor, —, dicendum erit, pignus liberari; nisi salva causa pignoris sui consensit.“

sichern andere gesetzliche Vorschriften den Gläubiger gegen absichtliche Verschleuderungen von Seiten des Schuldners. Es kann hiernach also das Stillschweigen des Gläubigers über künftige Veräußerungen bei Begründung einer Generalhypothek nur als Genehmigung derselben, und Entsagung auf das an den veräußerten Sachen zustehende Pfandrecht gedeutet werden; vorausgesetzt jedoch, daß die Veräußerung zu einer Zeit und unter Umständen geschieht, die das Gleichgewicht zwischen Ausgabe und Einnahme nicht aufhören, und das verpfändete Vermögen als Sachgesammtheit ferner bestehen lassen.

So liegt hierin eine abermalige Bestätigung der oben (§. 6.) aus der Natur der Generalhypothek abgeleiteten Grundsätze.

13. Hat die bisherige Untersuchung ergeben, daß die allgemeinen Grundsätze von den Sachgesammtheiten in den gesetzlichen Bestimmungen über die Generalhypothek anerkannt und angewendet werden, so müssen diejenigen Vorschriften, welche von den Wirkungen eines, an gewissen Sachgesammtheiten bestellten, Pfandrechts handeln, hier eine vorzügliche Rücksicht verdienen. Bei der weitern Ausbildung des Begriffes der Generalhypothek, so wie bei der Bestimmung ihrer Wirkungen kann man mit Sicherheit von diesen Vorschriften ausgehen; indem sie, wo nicht unmittelbar anwendbar sind, doch die nächste Analogie darbieten.

Zuerst zeigt sich uns in dieser Hinsicht der Grundsatz des römischen Rechts von der, an einem Waaren-

lager, einer Heerde bestellten, Hypothek. Zwar sind dieses nur Sachgesammtheiten untergeordneter Art (universitates facti, vel hominis), und das an ihnen bestehende Pfandrecht als ein besondres zu betrachten; allein indem die Gesetze sie als, von ihren Bestandtheilen unabhängige, Gedankenwesen behandeln, stellen sie über ihre Wirkung Regeln auf, die offenbar zugleich auf den Inbegriff von Sachen und Rechten (universitas iuris), welcher den Gegenstand der Generalhypothek ausmacht, anwendbar erscheinen. Jener Rechtsgrundsatz findet sich in zwei Fragmenten der Pandekten ausgesprochen: L. 13, pr. D. de pignoribus (XX, 1.) „Grege pignori obligato, quae postea nascuntur tenentur; sed etsi, prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.“ Hier denkt man sich die Heerde als ein ideales Ganzes, welches, ohne Rücksicht auf die einzelnen es zusammensetzenden Theile, des Abgangs und Zuwachses, ja seiner völligen Ergänzung ungeachtet, immer gleichmäßig bestehet. Nicht bloß die, aus der Heerde selbst gefallene, Zuzucht soll daher dem an derselben bestellten Pfandrechte unterworfen seyn, wie dieses ohnehin schon aus der Lehre von den Früchten einer verpfändeten Sache folgen würde[43]); sondern des Wechsels ihrer Bestandtheile ungeachtet, und auf welche Weise und in welcher Maße irgend der

---

[43]) L. 1, §. 2. L. 16, §. 4. D. de pignoribus (XX, 1.) L. 3. C. in quib. caus. pign. (VIII, 15.) L. 1. C. de distract. pignor. (VIII, 28.)

Abgang an Vieh ergänzt seyn mögte, besteht die Hypothek immer an der Heerde. Die einzelnen Stücke Vieh werden hier nur als Theile der Heerde, und in sofern sie dieses sind, dem Pfandrechte unterworfen angenommen.

Weiter ausgeführt findet sich derselbe Grundsatz in dem andern Fragmente. L. 34, pr. D. eodem. „Cum tabernam debitor creditori pignori dederit: quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit; cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.“ Von einer Begünstigung des Handels, welcher man die hier gegebene Bestimmung beizumessen pflegt[44]), findet sich hier keine Spur, die Befugniß des Schuldners zu Veräußerungen ward, sowenig wie deren Wirkung in Zweifel gezogen, vielmehr als unbestreitbar angenommen; auch konnte der Rechtsgelehrte, dessen Ausspruch das Fragment uns erhalten hat, nicht wol von einer solchen bloß legislatorischen Ansicht ausgehen. Wenn ferner dieser

---

44) *Ben. Carpzov* definit. P. II. const. 23. def. 13. Westphal, Pfandr. §. 135.

Ausspruch dem muthmaßlichen Willen der vertragenden Theile entspricht, indem die Absicht, besonders des Schuldners, allerdings dahin gerichtet seyn wird, der fernern Benutzung des verpfändeten Waarenlagers zur Fortsetzung seines Gewerbes mächtig zu bleiben, so zeigt sich doch nirgend, daß dieser anzunehmende Wille der Contrahenten in einer entscheidenden Maße berücksichtigt sey. Vielmehr wird hier kein besonderes Verhältniß beachtet, sondern aus allgemein anwendbaren Rechtsgrundsätzen die Entscheidung geschöpft, und dieses sind keine andern, als die von der Natur der Sachgesammtheiten überhaupt angenommenen. Zwiefach war der Zweifel, welchen der dem Rechtsgelehrten vorgelegte Fall darbot, und derselbe in Erwägung zog. Ob nemlich die Verpfändung eines Waarenlagers auf die damals darin befindlich gewesenen Waaren zu beschränken sey? oder ob und in wiefern die Hypothek den gegenwärtig vorhandenen Waarenvorrath zum Gegenstande habe, da die bei der Pfandbestellung vorräthig gewesenen Waaren verkauft und durch andre ersetzt sich fanden? Indem hiernach der Ausspruch den gegenwärtigen Bestand des Waarenlagers als das Objekt des Pfandrechts betrachtet, entscheidet er, daß die Hypothek nicht auf den einzelnen, zur Zeit ihrer Begründung in dem Waarenlager befindlich gewesenen Stücken, sondern auf dem Ganzen, als einem Inbegriffe gewisser, einer gemeinsamen Bestimmung gewidmeter, Sachen hafte, die einzelnen Bestandtheile aber nur in sofern betreffe, als dieselben zur Zeit der erhobenen

Hypothekklage das Waarenlager ausmachen. Aus dieser Entscheidung folgt nun, daß die früher aus dem Waarenlager verkauften Sachen eben durch den Verkauf vom Pfandrecht befreiet worden seyn mußten. Denn die dem Rechtsgelehrten vorgelegte Frage stellte eigentlich die Alternative auf: ob die Hypothek die zur Zeit ihrer Bestellung im Waarenlager befindlich gewesenen Stücke, oder aber diejenigen bestricke, welche zur Zeit der Klage darin vorgefunden waren? und indem der Ausspruch für die zweite Alternative sich erklärt, so wird die erste verneinend entschieden. Ueberdem wird in diesem Fragmente hinsichtlich der ersten Alternative bemerkt, daß die Klage unwirksam seyn würde („eo facto nihil egerit"), weil die vorgenommenen Veräußerungen sämmtliche, bei der Verpfändung vorräthig gewesenen Waaren betroffen hätten; eine Bemerkung, welche ohne nähere Aufklärung der Sachverhältnisse keinen Sinn haben würde, wenn man die Hypothekklage als gegen den dritten Inhaber dieser Waaren zuständig erachtet hätte. Das Pfandrecht kann in diesem Falle auch aus einer andern Rücksickt nicht beides, die anfänglichen und die gegenwärtigen Bestandtheile des Waarenlagers, zugleich umfassen; es bezieht sich nemlich auf diese letzten einzig deshalb, weil sie in der Zusammensetzung des Ganzen, welches sein eigentlicher Gegenstand ist, jene frühern Bestandtheile ersetzt und deren Stelle eingenommen haben. Denn eine ausdrückliche Verpfändung des künftigen Erwerbs war hier nicht geschehen, da sonst die Frage in solcher Maße nicht

hätte aufgeworfen werden können; sie aber aus der Fassung der besondern Hypothekbestellung abzuleiten, dazu war theils dem Rechtsgelehrten keine Veranlassung gegeben, noch ist von ihm dieser Gesichtspunkt angedeutet worden; theils war damals, nemlich zur Zeit des Kaisers Marcus Aurelius Antoninus, unter welchem Cervidius Scävola, Autor unsers Fragments, gelebt hat[45]), noch nicht verordnet, wie erst Justinian und zwar bloß in Beziehung auf die wirkliche Generalhypothek in L. 9. C. Quae res pign. (VIII, 17.) gethan, daß unter einer allgemeinen Verpfändung auch der künftige Erwerb begriffen angesehen werden solle.[46]) Wie das erstangeführte Fragment, geht also auch dieses von einem Grundsatze aus, der bei andern Hypotheken ebenfalls anwendbar ist, sobald diese an einem, aus mehreren einzelnen Stücken zusammengesetzten, Ganzen besteht. Es tragen daher die Schriftsteller kein Bedenken, dasselbe auf ähnliche Fälle zu beziehen und es überhaupt da anzuwenden, wo das

---

45) *Bach*, Hist. Jur. Rom. pag. 480 (edit. 4ta) Hugo Rechtsgesch. §. 303.

46) So sagt *Brunnemann* ad L. 34. cit. „Taberna, ut et horreum quoddam corpus universale est, quod nunquam interit, nam novae merces in locum venditarum suffectae obligatae videntur.“ und *Hellfeld* opusc. N°. VIII. cap. 3. §. 3 — 8.: „De universitate obligata, veluti bibliotheca, grege, taberna etc. notandum est, quod re singulari ex illa alienata, adversus tertium possessorem nulla competat actio. — Universitas manet, sensim licet mutatis partibus.“

Pfandrecht eine Sachgesammtheit zum Gegenstande hat.[47]) Um jedoch bei einer solchen Anwendung des Gesetzes, zumal auf die Generalhypothek, nicht zu weit zu gehen, muß sorgfältig vermieden werden, auf die bei dem darin aufgestellten Falle eintretenden außerwesentlichen Nebenumständen ein Gewicht zu legen, und so den ausgesprochenen Grundsatz zu verdunkeln. Mit Unrecht wird daher geschlossen, wenn man hier die Vorschrift finden will, daß in solchen Fällen Veräußerungen nur in sofern eine Befreiung vom Pfandrechte für ihren Gegenstand bewirken könnten, als sie einzeln und allmälig geschehen, und zugleich jedesmal andre Stücke dafür zum Ersatz angeschafft würden. Die Worte des Fragments, welche für diese Meinung angezogen werden könnten, „si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit," gehören allein zur Darstellung des dem Rechtsgelehrten zur Entscheidung vorgetragenen Falles, und beziehen sich auf die Veranlassung und die Natur der Erwerbungen, von denen es bezweifelt ward, daß sie dem Pfandrecht unterworfen wären. Es sind also diese Worte ganz unabhängig von der Entscheidung, und es ist sogar ungewiß gelassen, ob bei dieser ein Gewicht auf den darin ausgedrückten Umstand überhaupt, und besonders darauf gelegt worden ist, daß der Verkauf allmälig, per tempora,

---

47) *Voet*, Comm. XX, 1. 2. *Leyser* Med. Sp. 223. med. 6. *Cocceii* Jus contr. XX, 1. 7.

Statt gefunden habe. Uebrigens ist selbst hieraus nicht einmal zu ersehen, daß der Schuldner immer genau zum Ersatz und im Verhältniß der verkauften Waaren die andern wieder angeschafft gehabt habe. Ein Verkauf des ganzen Waarenlagers würde freilich aus einem andern Gesichtspunkte zu betrachten seyn, und kann, weil sodann der eigentliche Gegenstand der Hypothek veräußert wäre, eben nach den Grundsätzen von einem, an einer Sachgesammtheit bestehenden, Pfandrechte, nur diesem unbeschadet geschehen. Uebrigens würde jene Beschränkung des Veräußerungsrechts, wenn sie wirklich in dem Gesetze gegründet wäre, bei dessen analogischer Anwendung auf den Gegenstand einer Generalhypothek nicht berücksichtigt werden dürfen. Denn bei einer Heerde, einem Waarenlager ist Gewinn, oder Ertrag der Zweck, und eine verhältnißmäßige Ergänzung nicht nur die Bedingung ihrer Fortdauer, sondern selbst in der Bestimmung mitbegriffen. Bei dem Vermögen eines Menschen liegt hingegen der Grund seiner Ergänzung hauptsächlich in seinem Subjekte, dem Menschen selbst, und freier Genuß, selbst Verbrauch, steht mit seiner Bestimmung nicht im Widerspruche. Dürfen mithin dort nur solche Veräußerungen vorausgesetzt werden, die durch den Bedarf des Besitzers und den, in der Bestimmung liegenden, Verkehr bedingt sind, so müssen hier selbst Schenkungen zugelassen und denselben, gleich den übrigen Veräußerungsarten, eine Befreiung von der Hypothek zu bewirken beigemessen werden, zumal Handlungen der Freigebigkeit einen, dem

Zwecke des Vermögens nicht fremden, Genuß ausmachen.

14. Völlig verschieden von den oben erwähnten ist der Fall des L. 26, §. 2. D. de pignoribus (XX, 1.), daher auch die hierin enthaltene Bestimmung mit jenen Gesetzstellen in keinem Widerspruche steht. „Lucius Titius," heißt es hier, „praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligavit. Heredes, illis mancipiis defunctis, alia substituerunt. Creditor postea praedia cum mancipiis distraxit. Quaeritur: an ipsa mancipia quae sunt modo in praediis constituta, emtor vindicare possit? Modestinus respondit: si neque pignorata sunt ipsa mancipia, neque ex pignoratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse." Zwar finden sich hier sämmtliche Sklaven, die zum Betriebe des Landguts gebraucht wurden, zugleich mit demselben verpfändet; allein sie bildeten keinen, als ein für sich bestehendes Ganzes zu betrachtenden, Inbegriff von Sachen, weder unter sich, noch in Verbindung mit dem Landgute; da nicht einmal dieses mit Einschluß des Wirthschaftsinventars (fundus instructus, cum instrumento), sondern nur zugleich mit den darauf befindlichen Sklaven verpfändet war.[48]) In diesem Falle mußte jeder damals

---

[48]) Ueber den Unterschied zwischen fundus instructus, und fundus cum rebus, qui in eo sunt, freilich in Beziehung auf Vermächtnisse, S. L. 12, §. 30. 35. 39. L. 27. pr. et §. 3. D. de instr. v. instrum. leg. (XXXIII, 7.) L. 1. 2. C. de verb. sign. (VI, 37.)

vorhandene Sklave als einzeln für sich der Hypothek unterworfen angesehen werden, so daß mit eines jeden Tode das Pfandrecht in soweit erlosch, und nicht auf denjenigen übergieng, welcher in seine Stelle gesetzt war. Die Grundsätze von einer Sachgesammtheit als Gegenstand der Hypothek waren mithin hier nicht anwendbar.

15. Wenn oben (§. 9.) zugleich aus einigen, das Peculium betreffenden, Gesetzstellen dargethan ist, daß das römische Recht das Vermögen einer Person als eine Sachgesammtheit betrachtet; so werden gleichfalls die Bestimmungen dieses Rechts über die Natur des Sonderguts hier vorzüglich zu berücksichtigen seyn, wo es darauf ankommt, die Wirkung der Generalhypothek näher zu begründen. Denn das Peculium wird nicht nur als eine universitas iuris überhaupt betrachtet, sondern ist seinem Begriffe nach dem Gegenstande der Generalhypothek, dem Vermögen einer Person nemlich, durchaus gleich und davon einzig nur in sofern unterschieden, als es nicht wesentlich das ganze Besitzthum eines Menschen umfaßt, und immer in Beziehung auf eine andre Person gedacht wird, in dessen väterlicher, oder hausherrlicher Gewalt sein Besitzer steht, oder gestanden hat. Ueberdem ist die Klage, welche dritten Personen aus den vom Haussohne oder Sklaven eingegangenen Verbindlichkeiten hinsichtlich des Sonderguts zusteht, die actio de peculio, der eigentlichen Hypothekklage immer höchst ähnlich, und oft sogar völlig entsprechend. Wie diese geht nemlich auch sie, selbst dann, wenn z. B. durch

Erbgang mehrere Personen in die Stelle des ursprünglichen Schuldners getreten sind, nur gegen den Besitzer des Sonderguts.[49]) Ja sie trifft in gewissen Fällen gänzlich mit der Hypothekklage zusammen, indem sie derselben nur als adiectitia qualitas beigefügt wird, sowol wenn der Haussohn oder Sklave ein Pfandrecht bestellt, als auch, wenn Jener, als Vormund, der gesetzlichen und zwar allgemeinen Hypothek untergelegen hat.[50])

Die im römischen Rechtskörper enthaltenen Bestimmungen über die actio de peculio behandeln nicht nur das Sondergut immer als eine Sachgesammtheit, einen der Abnahme und Vermehrung, so wie des Wechsels seiner Bestandtheile, unterworfenen Inbegriff von Sachen und Rechten, sondern sie sehen auch bloß diejenigen Stücke als Gegenstand der gesuchten Befriedigung an, welche zur Zeit der erhobenen Klage das Peculium bilden. Was daher bis dahin aus dem Sondergute veräußert seyn mag, kann mit dieser Klage

---

[49]) L. 28. D. de peculio (XV, 1.) „Eatenus damnare debet is, cum quo actum fuit, quatenus peculium apud eum erit, et quantum ex bonis consequi potest.“ L. 29. eod. „Quia de eo quisque peculio, quod apud eum esset, quolibet alio agente teneatur.“ L. 32. pr. eod. „Nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius, quod ubicunque est, veluti patrimonium, intuetur.“

[50]) L. 1. C. quod cum eo. (IV, 26.) „Cum filiusfamilias tutor vel curator datur, pater tutelae iudicio de peculio conveniendus est.“

gegen den dritten Besitzer keinesweges in Anspruch genommen werden. Vielmehr findet die Klage einzig gegen den Inhaber des Sonderguts auch dann Statt, wenn dasselbe gegenwärtig kein Befriedigungsmittel darbieten sollte, weil man es sich als ein Gedankenwesen denken und dabei die Möglichkeit annehmen muß, daß es demnächst, bei der eintretenden rechtskräftigen Verurtheilung, einen Gegenstand der Vollstreckung gewähren könne. Diese Bestimmungen gehen aus folgenden Gesetzstellen hervor:

L. 30. pr. D. de peculio. (XV, 1.) „Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri aiunt. Intenditur enim recte etiamsi nihil sit in peculio.“

L. 32, §. 1. eodem. „In hoc autem iudicio, licet restauretur praecedens, tamen et augmenti et decessionis rationem haberi oportet; et ideo etiamsi hodie nihil sit in peculio, sive accesserit aliquid, praesens status peculii spectandus est.“

L. 15. D. Quibus ex caus. in poss. (XLII, 4.) „Si quis actione de peculio conveniri possit; si latitet, eo iure utimur, ut possint bona eius possideri et venire, tametsi nihil fuerit in peculio, quia esse potest. Et rei iudicatae tempus spectamus, utrum sit an non sit, et quod teneat actio, etiamsi nihil in peculio fuerit.“

Indem nemlich in den hier vorkommenden Fällen

ein Peculium als vorhanden angenommen wird, so müssen, wenn sich dasselbe nachmals erschöpft findet, nothwendig Veräußerungen Statt gefunden haben; und dennoch ist von einer Verfolgung der veräußerten Stücke gegen den dritten Inhaber nicht nur nicht die Rede, sondern es wird sogar der Kläger angewiesen, an dem Sondergute, gleich an einem Gedankenwesen, sich zu halten, da dasselbe, wiewol für den Augenblick gehaltlos, von der Zukunft wieder eine Wirklichkeit erhalten kann. Die Gesetzgebung betrachtet also, nicht die einzelnen Bestandtheile des verpflichteten Sonderguts, sondern den dasselbe ausmachenden Inbegriff von Sachen und Rechten als den eigentlichen Gegenstand der vom Gläubiger durch seine Klage zu verfolgenden Ansprüche. Wie könnte sonst, zumal die actio de peculio oft völlig eine und dieselbe mit der Hypothekklage ist und immer, wie in einem dinglichen Rechte an dem Peculium gegründet, behandelt wird, die Verfolgung der einzelnen, durch Veräußerungen aus dem Peculium gegangenen, Stücke hier nicht nur unberührt gelassen, ja stillschweigend untersagt worden seyn? Und daß dieses wirklich geschehen ist, geht aus einer Vergleichung der ebenangeführten Fragmente mit den früher erwähnten Stellen L. 28, 29 et 32. D. de peculio (XV, 1.) deutlich hervor. Es läßt sich dieses allein erklären, indem man diesen Gesetzen den Grundsatz unterlegt, daß die einzelnen Bestandtheile des Peculiums, mit dem Austritte aus demselben, von dem den Gläubigern des Sonderguts an diesem zustehenden dinglichen Rechte

befreiet werden. Nur unter dieser Voraussetzung konnte die Peculienklage unbedingt und ohne Ausnahme auf dasjenige beschränkt werden, was, seitdem sie angestellt worden ist, noch in dem Peculium begriffen angetroffen wird.

Daß nun die hier ausgesprochenen Grundsätze auf die Generalhypothek anwendbar sind, um die Wirkung derselben in Hinsicht der einzelnen Bestandtheile des ihr unterworfenen Vermögens zu bestimmen, kann wol nicht bezweifelt werden. Will man auch in jenen Gesetzstellen, der oft eintretenden Identität zwischen der Hypothek- und der Peculienklage unerachtet, keine sich unmittelbar auf die Generalhypothek beziehende Bestimmung finden, so ist dennoch die hieraus hervorgehende Analogie offenbar zuläßig und um so entscheidender, als es an gesetzlichen Vorschriften über die Natur des allgemeinen Pfandrechts fehlt. Oder könnte man annehmen, daß die Generalhypothek des Pupillen an seines Vormundes Vermögen nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden müsse, je nachdem dieser Vormund in väterlicher Gewalt steht, oder von derselben sich befreiet befindet; das der Hypothek unterworfene Vermögen also mit der Benennung Peculium zu belegen ist, oder nicht? Soll in dem einen Falle des Vormundes Habe nach dem gegenwärtigen Bestande, und ohne Berücksichtigung der bis dahin aus demselben vorgenommenen Veräußerungen, der Klage unterliegen, welche hier die wahre Hypothekklage bleibt, wenn gleich derselben, sofern sie gegen den Vater des Schuldners oder dessen

Erben gerichtet wird, die adiectitia qualitas: de peculio, beigefügt werden muß; hingegen in dem andern Falle von der Generalhypothek alle Sachen umfaßt werden, die seit derselben Begründung einst dem Vormunde gehört haben, jetzt aber durch Veräußerung in fremde Hände gekommen sind? In der besondern Natur des Sonderguts mögte der Grund zu einem solchen Unterschiede wenigstens nicht gefunden werden können; wo aber sollte man sonst denselben antreffen?

16. Ist bisher dargethan worden, daß die zuvor aus dem Begriffe der Generalhypothek über deren Wirkung abgeleiteten Grundsätze, den Bestimmungen des römischen Rechts entsprechen, und von denselben für ähnliche und verwandte Verhältnisse sogar ausdrücklich aufgestellt sind, und daß mithin der Anwendung jener Grundsätze auf die Generalhypothek wenigstens eine sichere Analogie unterliegt; so muß jeder Zweifel über die Richtigkeit dieser Ansicht schwinden, wenn sich selbst gesetzliche Bestimmungen finden, welche in unmittelbarer Beziehung auf das allgemeine Pfandrecht, und unter Berücksichtigung des, zwischen diesem und der Specialhypothek bestehenden, Unterschiedes diesen Gesichtspunkt in ihre Vorschriften übertragen. Es ist dieses der Fall bei der Gesetzgebung über die Freilassung der Sklaven, den spätern Anwendungen und Modificationen des Gesetzes Aelia Sentia. Die verschiedenen hievon handelnden Gesetzstellen sind zu folgenreich für den Gegenstand dieser Untersuchung, um nicht eine etwas ausführliche Erörterung zu verdienen.

Bekanntlich wurden bei den Römern die Sklaven den Sachen durchaus gleichgeachtet, und unbedingt als Gegenstände, wie des Besitzes, so des Verkehrs behandelt. Verpfändungen der Sklaven mußten daher häufig vorkommen, und wirklich finden sich in den Gesetzen, sowol der Pandekten, als des Coder, sehr viele Beispiele, daß an Sklaven ein besondres Pfandrecht bestellt gewesen ist, oder sie als Gegenstand einer Generalhypothek betrachtet sind. Indem die Sklaven durch ihre Freilassung aus der Reihe der Sachen traten, und also aufhörten, besessen und verhandelt werden zu können, so liegt hierin eine Art der Veräußerung, die dieser Art der Besitzthümer zwar eigen war, dennoch aber um so mehr in Beziehung auf das Pfandrecht erwogen zu werden verdient und, aus den darüber gegebenen gesetzlichen Bestimmungen allgemein gültige Grundsätze abzuleiten gestattet, als bei der Freilassung sogar die für die Uebertragung des Eigenthums vorgeschriebenen Formen beobachtet wurden.[51])

Mit dem einreißenden Sittenverderbniß gegen das Ende der Republick artete bei den Römern auch die Freilassung der Sklaven in vielfachen Mißbrauch aus, und machte eine Beschränkung durch die Gesetze um so nothwendiger, als nicht bloß der Privatmann, sondern vorzüglich der Staat, dessen Bürger der Frei=

---

[51]) Hugo, Rechtsgesch. §. 63.

gelassene ward[52]), dadurch in Gefahr sich gesetzt fand, wenn der Lüstling oder der Ehrgeizige, um schändliche Dienstleistungen zu belohnen, oder die Zahl seiner Clienten zu vermehren, den Hefen der Staatsbürger mit einem Haufen, von Eigenthum und von Grundsätzen gleich entblößter Mitglieder, vergrößerte, oder auch ein sich rettungslos erachtender Verschwender, in der Erbitterung über seine Lage und seine Gläubiger, diesen die Mittel ihrer Befriedigung durch Freilassung seiner Sklaven entzog. Um solchem Uebel zu steuern, erging zuerst unter August im 757sten Jahre Roms das Gesetz, welches nach den damaligen Consuln, S. Aelius Cato und C. Sentius Saturninus, den Namen Lex Aelia Sentia erhalten hat.[53]) Bald folgten noch andre Verordnungen über diesen Gegenstand, deren Inhalt jedoch bei der gegenwärtigen Untersuchung nicht zu berücksichtigen ist.

Die Lex Aelia Sentia, wie Heineccius[54]) sie hergestellt hat, enthielt mehrere Abschnitte, von denen allein der siebente hieher gehört. Derselbe lautet so:

---

[52]) Hugo, a. a. O. §. 183. Uebrigens hatte nur die, mit Beobachtung der gesetzlichen Feierlichkeiten vorgenommene, Freilassung diese Wirkung, nicht aber diejenige, welche inter amicos genannt ward. Denn diese gewährte bloß eine Befreiung von sklavischen Dienstleistungen, iure praetorio. *Schulting*, Jurisprd. Antej. p. 14. Nota 24.

[53]) Ueber Entstellung dieser Benennung s. Hugo, Rechtsgesch. §. 269, 1,.

[54]) Syntagma antiq. roman. L. I. Tit. 6. pag. 111. seq.

Qui in fraudem creditorum manumittit, nihil egisse censetor, manumissus manumissave servus ancillave manento. Auf die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung und ihre Erläuterung läuft alles hinaus, was in den verschiedenen Stellen des römischen Rechtskörpers gefunden wird, die von der Wirkung der Freilassung von Sklaven in Ansehung des an denselben bestehenden Pfandrechts handeln. Um so wichtiger ist es also, den wahren Sinn dieses Gesetzes zuvor zu erörtern, ehe die letztgedachten Gesetzstellen in Erwägung gezogen werden.

Der Zweck der Lex Aelia Sentia war offenbar kein andrer, als Beschränkung der Befugniß zur Freilassung der Sklaven. Das Gesetz spricht ihn in allen seinen Bestimmungen deutlich aus, und könnte darüber ein Zweifel obwalten, so würden die von Heineccius gesammelten Zeugnisse der Geschichtschreiber Dionys von Halicarnassus, Suetonius und Dio Cassius [55]) denselben haben. Von einer Begünstigung der Freiheit ist in diesem Gesetze nicht die mindeste Spur und es ist ein Irrthum, wenn einige Rechtslehrer [56]) von diesem Gesichtspunkte ausgehen, um die Gesetzstellen zu erklären, welche jene alte Verordnung Kaiser Augusts in Anwendung bringen.

Den angegebenen Zweck, Verminderung der Freilassungen und Abwendung der dabei eingeschlichenen

---

55) a. a. O. pag.

56) S. oben §. 4.

Mißbräuche, suchte der Gesetzgeber unter andern dadurch zu erreichen, daß er die Freilassung der Sklaven, wie sie der Form nach den Uebertragungen des Eigenthums gleichgestellt war, so auch in Ansehung der Befugniß dazu, wie eine wirkliche Veräußerung betrachtete, und die Rechte der Gläubiger in Schutz nahm, indem er jede, mit der Absicht, denselben ihre Befriedigungsmittel zu entziehen, vorgenommene Freilassung für unwirksam auf den Fall, daß solche Absicht wirklich erreicht ward, erklärte. Es bewirkte die unter Umständen dieser Art geschehene Freilassung nemlich nur eine bedingte Freiheit[57]), so daß der freigegebene Sklave von dem hintergangenen Gläubiger wieder in die Sklaverei zurückgezogen werden konnte, indem dieser die Freilassung widerrief, der Sklave aber bis dahin als statuliber betrachtet ward.[58]) War die Freilassung von Sklaven also früher nach ihrer Eigenthümlichkeit betrachtet, und von der Uebertragung des Eigenthums, oder eines dinglichen Rechts an ihnen, in Beziehung auf die Befugnisse der Gläubiger des Herrn, unterschieden worden; gestattete damals die Begünstigung der menschlichen Freiheit,

---

57) L. 5. C. de servo pign. dato manum. (VII, 8.) Bei der klaren Bestimmung dieses Gesetzes kann man der Behauptung des *Schulting* Jurisprd. Antej. pag. 21. Nota 51. nicht beitreten, daß die Freilassung hier Kraft des Gesetzes nichtig sey, und hierin eine Abweichung von den Grundsätzen über die Paullianische Klage liege.

58) L. 1. pr. D. de statuliberis (XL, 7.)

Freigebungen ohne Rücksicht auf die Gläubiger vorzunehmen; so fand von nun an ein solcher Unterschied, die Begünstigung der Freiheit in dieser Maße, nicht mehr Statt. Vielmehr waren die Freilassungen jetzt denselben Einschränkungen unterworfen, welche zur Sicherstellung der Gläubiger bei den wirklichen Veräußerungen schon früher eingeführt waren.

Es traten nemlich nunmehr die Grundsätze der Paullianischen Klage[59]) auch bei den Freigebungen der Sklaven ein. Sowol der in der Lex Aelia Sentia gewählte Ausdruck: „qui in fraudem creditorum," womit nach einem gesetzlichen Sprachgebrauche die Bedingung jener Klage bezeichnet wird[60]) als auch besonders die verschiedenen Fragmente des römischen Rechts, welche jenes Gesetz in seinen Beziehungen auf die Gläubiger entwickeln, ergeben dieses. Mehrere[61]) derselben gehen von den, über die Paullianis-

---

59) Daß diese schon zuvor eingeführt war, ist außer Zweifel. Hugo, Rechtsgesch. §. 227.

60) Vergl. §. 6. J. de actionibus (IV, 6.) Tit. D. Quae in fraud. cred. (XLII, 8.)

61) §. 3. J. Qui et ex quib. caus. (I, 6.) „In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desiturus est, solvendo esse. Praevaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona eius ereditoribus non sufficiant; saepe enim de suis facultatibus amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem,

sche Klage vorhandenen, Bestimmungen aus, indem sie die betrügliche Absicht als die Bedingung aufstellen, von deren Daseyn die Anwendbarkeit der Lex Aelia Sentia abhängt, und zugleich den Erfolg der Verkürzung der Gläubiger dazu erfordern, in eben der Maße, wie die von der Paullianischen Klage handelnden Gesetze es vorschreiben.[62]) Andere Fragmente, welche ohne der Lex Aelia Sentia zu gedenken jene Klage erläutern, wenden die davon aufgestellten Grundsätze ohne Einschränkung auf die Freilassung der Sklaven an, und setzen es um so mehr außer Zweifel, daß die Gesetzgebung dieselben den Veräußerungen völlig gleich geachtet habe.[63])

---

cum utroque modo fraudantur creditores, id est, et consilio manumittentis et ipsa re, eo quod bona eius non sunt suffectura creditoribus.“ Fast gleichlautend sind L. 10. D. Qui et a quib. man. (XL, 9.) und L. 1. C. Qui manum. non poss. (VII, 11.)

[62]) L. 1. pr. L. 10, pr. et §. 1. D. Quae in fraud. (XLII, 8.) „Ita demum revocatur, quod creditorum fraudandorum causa factum est, si eventum fraus habuit; scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. Caeterum si illos dimisit, — et alios sortitus est, — cessat revocatio.

[63]) L. 15, L. 25, §. 4, 5. D. Quae in fraud. cred. (XLII, 8.) S. übrigens noch L. 16, §. 2. L. 27, pr. D. Qui et a quib. (XL, 9.) L. 79. D. de R. J. (L. 17.) *Vinnius* Comm. ad Inst. §. 3. Qui et ex quib. caus. bemerkt hierüber: „Quod acceptum est, non ratione aliqua speciali et favore libertatis, sed communi et ad revocationem ex edicto: quae in fraudem creditorum, etiam pertinente.“

Ein aus der Natur der Sache hervorgehender Unterschied darf jedoch hier nicht übersehen werden. Wenn nemlich bei der Paullianischen Klage die titulo oneroso geschehenen Veräußerungen nach andern Grundsätzen, als diejenigen beurtheilt werden, welche titulo gratuito vorgenommen sind und in jenem Falle die betrügliche Absicht nicht nur beim Schuldner, sondern auch beim Erwerber erfordert wird; so gedenkt Lex Aelia Sentia des Betruges allein an Seiten des freilassenden Herrn, nicht aber zugleich des Sklaven. Theils mag, bei der Kürze dieses Gesetzes, eine, mit der Hinweisung auf die schon früher eingeführte Paullianische Klage verbundene, Andeutung des Grundsatzes genügend erachtet seyn. Theils tritt hier der besondre Umstand ein, daß bei der Freigebung eines Sklaven das Subjekt und das Objekt der Handlung in einer Person sich vereinigen, der Sklave gleichsam sich selbst empfängt; überdem aber eine Vergütung für die Freilassung sich zu bedingen verboten war[64]), dieselbe mithin immer angesehen werden mußte, als ob sie titulo gratuito Statt gefunden habe. Bei einer auf diese Weise geschehenen Veräußerung kommt es aber, schon nach den Grundsätzen von der Paullianischen Klage, allein auf die betrügliche Absicht des Schuldners an.[65])

---

[64]) L. ult. §. 1. D. Qui et a quib. (XL, 9.) L. 6, §. 1. D. de iure patron. (XXXVII, 14.)

[65]) L. 6, §. 11. D. Quae in fraud. cred. (XLII, 8.)

17. Nachdem nunmehr eine Uebersicht dieser Gesetzgebung dargelegt und der Gesichtspunkt bestimmt ist, aus welchem die einzelnen Gesetzstellen zu betrachten sind, worin die Lex Aelia Sentia sich erläutert oder angewendet findet; so werden diejenigen dieser Fragmente, welche in unmittelbarer Beziehung auf den Gegenstand dieser Untersuchung stehen, um so sicherer verstanden werden.

Zuerst ist zu bemerken, daß die verordnete Beschränkung der Freilassung auf jede Art von Gläubigern sich bezieht, und nicht ein an dem Sklaven bestehendes Pfandrecht voraussetzt. Paulus sagt dieses ausdrücklich in der L. 16, §. 2. D. Qui et a quib. man. (XL, 9.) „Ne quis creditorum fraudandorum causa manumittat, hac lege cavetur. Creditores autem appellantur, quibus quacunque ex causa actio cum fraudatore competat.“ Dieselbe Bestimmung findet sich in der L. 27, pr. eodem. Es zeigt sich auch hierin eine Uebereinstimmung mit den Grundsätzen von der Paullianischen Klage.

In Ansehung der an Sklaven bestehenden Hypotheken wird sodann zwischen dem besondern und dem allgemeinen Pfandrechte unterschieden, und die Wirkung einer vorgenommenen Freilassung für jeden Fall anders bestimmt. So verordnet L. 29. D. qui et a quib. man. (XL, 9.) „Generaliter pignori datus servus sine dubio pleno iure debitoris est et iustam libertatem ab eo consequi potest, si lex Aelia Sentia non impedit libertatem, i. e. si solvendo sit, nec ob id creditores videantur fraudari;“ und spricht

hiermit den Grundsatz aus, daß die Generalhypothek das Eigenthumsrecht des Schuldners an seinem Sklaven ungeschmälert bestehen lasse, pleno iure debitoris est; also auch dessen Freigebung einzig unter den Umständen, welche die Paullianische Klage begründen, bestritten werden könne, sonst unbeschränkt gestattet bleibe. Hiernächst sagt L. 9. D. In quib. caus. pign. (XX, 2.) „Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventione manifestarii pignoris nomine tenentur; quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhabitantes autem manumittimus; scilicet antequam pensionis nomine praecludamur.“ Der Ausdruck: manifestarium pignus ex conventione, bezeichnet ein, gleichsam handhabendes, durch bestimmte Vereinbarung deutlich ausgehobenes Pfand[66]), den Gegenstand einer Specialhypothek. Es wird also diese in ihrer Wirkung hinsichtlich der Freilassung von Sklaven demjenigen gesetzlichen Pfandrechte entgegengestellt, welches dem Vermiether an den, in das vermiethete Gebäude eingebrachten, Sachen seines Miethsmanns zustehet, und hier als eine Generalhypothek, wenigstens im uneigentlichen Sinne des Worts (hyp. secundum quid generalis) betrachtet wird. Nur jene, die besondere Hypothek, steht der Freilassung entgegen. Ferner enthält L. 2. C. de servo pign. dato (VII, 8.) „Libertas a debitore fisci servo data, qui pignori non

---

66) *Cuiacius* obs. et emend. XVII, cap. 39. und *Gothofredus* ad L. cit.

est ex conventione speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur.“ denſelben Grundſatz. Denn das hier erwähnte privilegium fisci iſt eben die ſchon damals dem kaiſerlichen Fiscus zuſtändige Generalhypothek, wie die Zuſammenſtellung dieſes Reſcripts mit der L. 2. C. In quib. caus. pign. (VIII, 15.) deutlich ergibt. Beide Stellen ſind nemlich von Antoninus Caracalla und die letzte ſetzt das gedachte Pfandrecht als bereits eingeführt voraus. Noch beſtimmter drückt ſich aus L. 3. C. de servo pign. (VII, 8.) „Ab eo, qui bona sua pignori obligavit, quae habet, quaeque habiturus esset, posse servis libertatem dari certum est. Non idem iuris est in his servis, qui pignoris iure specialiter traditi vel obligati sunt.“ Beſonders merkwürdig iſt hier übrigens, daß die größere Verpflichtung, welche aus der beſondern Verpfändung hervorgeht, nicht etwa bloß beim wirklichen Fauſtpfande, ſondern überhaupt und gleichmäßig bei der Specialhypothek Statt findet, wie der Gegenſatz „traditi vel obligati“ andeutet; und ferner, daß es hierbei nicht bloß auf einzelne Freilaſſungen abgeſehen, ſondern ein Gleiches Rechtens iſt, wenn dieſelbe auch mehrere, ja alle Sklaven des Schuldners umfaßt haben ſollte, „posse servis libertatem dari.“

Alle dieſe Geſetzſtellen gehen augenſcheinlich dahinaus, die Freilaſſungen, eben weil Lex Aelia Sentia ſie nach den allgemeinen Grundſätzen von den Veräußerungen rückſichtlich der Rechte der Gläubiger zu behan-

Regeln vorschreibt, gleichfalls bei einem an Sklaven bestehenden Pfandrechte den allgemeinen Regeln von den Wirkungen der Hypotheken zu unterwerfen. Wie nemlich der Gegenstand einer Specialhypothek nicht veräußert werden darf, indem sonst der Schuldner als des Stellionats schuldig, oder gar als ein Dieb betrachtet wird; so soll auch dasselbe bei dem, zu einem besondern Pfandrechte gegebenen, Sklaven Statt finden, ein solcher mithin nicht freigegeben werden dürfen, und, wär' es dennoch geschehen, diese Handlung unwirksam seyn, die gegebene Freiheit von dem Gesetze nicht anerkannt werden. Es soll daher in diesem Falle nie eine iusta libertas, wie sich L. 29. D. Qui et a quib. (XX, 2.) ausdrückt, bewirkt werden, der Gläubiger vielmehr dieselbe zu widerrufen berechtigt seyn. Hingegen soll ein allgemeines Pfandrecht die Freigebungen der Sklaven überall nicht beschränken; eben so wenig, wie es den Veräußerungen der einzelnen Bestandtheile des ihm unterworfenen Vermögens entgegensteht.

Die Gesetzgebung geht aber hier noch einen Schritt weiter, und wenn das römische Recht die Frage: ob und in wiefern, bei einer vom Schuldner vorgenommenen Veräußerung, aus der Generalhypothek ein Klagrecht gegen den dritten Inhaber entspringe? ohne ausdrückliche Entscheidung läßt; so legt sie dagegen den, in einem solchen Falle geschehenen, Freilassungen die volle und unwiderrufliche Wirksamkeit ausdrücklich bei, einzig bedingt durch die Grundsätze der Paullianischen Klage.

18. Diese Bestimmung, daß nemlich die Freigebungen der Sklaven, einer bestellten Generalhypothek ungeachtet, unwiderruflich bestehen sollen, sobald nur dabei keine Verkürzung der Gläubiger beabsichtigt ward, ist es eben, welche ein starkes Argument für die Gesetzmäßigkeit der oben (§. 6.) aus der Natur des allgemeinen Pfandrechts abgeleiteten Grundsätze darbietet. War bisher nur eine Uebereinstimmung dieser Grundsätze mit denjenigen dargethan, welche die Gesetze von den Sachgesammtheiten und besonders vom Peculium aufstellen, und begründete diese Uebereinstimmung bloße Analogien, so haben wir jetzt eine, ausdrücklich für das Pfandrecht gegebene, gesetzliche Vorschrift, und es müssen die, der gegenwärtigen Untersuchung zum Grunde liegenden, Zweifel für aufgelöset gehalten werden, sobald es sich zeigt, daß diese Bestimmung ein allgemein gültiges Recht ausspricht, und nicht auf den besondern Fall beschränkt ist, worauf sie sich bezieht.

Die Gesetzstellen, welche den gedachten Grundsatz aufstellen, sind keine eigentliche Gesetze, sondern enthalten nur Anwendungen eines, als bereits eingeführt angenommenen, Rechts auf einen vorgekommenen Fall. Selbst die beiden zuletzt angeführten Stellen aus dem Codex, zwei Rescripte der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla, gehören zu der Klasse solcher Entscheidungen, wo der Regent nur vorhandene Rechtssätze in Anwendung bringt, und gleichsam als Rechtsgelehrter handelt, nicht aber als Gesetzgeber sich zeigt. Es ergiebt sich dies es aus der Fassung

beider Stellen und entspricht überdem der bekannten Bemerkung, daß zuerst Constantin, Theodos und Justinian eigentliche Veränderungen ins Privatrecht gebracht haben, die von frühern Kaisern herrührende Gesetzstellen aber bloß Beispiele des vorhandenen Rechts darbieten.[67]) Schon in dieser Hinsicht kann also hier keine besondere, für das an Sklaven bestehende Pfandrecht gegebene und diesem eigenthümliche, gesetzliche Bestimmung angenommen werden. Allein es geht dieses auch aus dem Inhalte der erwähnten Gesetzstellen klar hervor. Nirgend findet sich in ihnen eine Berücksichtigung der besondern Natur des an den Sklaven zustehenden Eigenthumrechts, vielmehr spricht sich überall, und vorzüglich in der Lex Aelia Sentia selbst die Absicht aus, die Freilassung der Sklaven, in Ansehung des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner, gänzlich den Veräußerungen gleichzustellen. Von einer Ausnahme von der Regel ist so wenig eine Spur zu finden, als von einer Begünstigung der Freiheit hier die Rede ist; alles wird hingegen sichtbar den allgemeinen Grundsätzen untergeordnet.[68])

Finden wir hiernach einen, vom Pfandrechte überhaupt geltenden, Rechtsgrundsatz auf die, an Sklaven bestehende, Hypothek in Hinsicht der Freilas-

---

[67]) Hugo, Civil. Magaz. I, 76.

[68]) Man bemerke nur die Worte der L. 29. D. Qui et a quib. (XL, 9.) „Generaliter pignori datus servus sine dubio pleno iure debitoris est.“

sungen angewendet; so wird derselbe in folgenden Regeln auszudrücken seyn. Eine bestellte Generalhypothek beschränkt das Verfügungs- und Veräußerungsrecht des Schuldners hinsichtlich der einzelnen Bestandtheile seines Vermögens auf keine Weise, sie bleiben pleno iure debitoris, wie L. 29. D cit. es ausdrückt; und daher ist auch der Schuldner befugt, seine Sklaven freizulassen, so daß dieselben die Freiheit unwiderruflich erhalten. Sind die Veräußerungen zur Verkürzung der Gläubiger vorgenommen, so können diese die veräußerten Sachen, und daher auch den freigegebenen Sklaven zurückfordern; doch ist dieses bloß Wirkung des Betruges, nicht aber der Generalhypothek; wie denn ein jeder Gläubiger, ohne Rücksicht auf ein Pfandrecht, solche Befugniß hat.[69]) Ob übrigens die Veräußerung gegen Ersatz, oder durch eine Handlung der Freigebigkeit geschehen ist, verändert den Gesichtspunkt eben so wenig, als es dabei von Einfluß ist, daß etwa nicht nur einzelne Sachen auf einmal, sondern mehrere zugleich veräußert worden sind. Die Gesetzstellen reden daher in der Mehrzahl[70]), und es geht aus der Sache keine

---

[69]) Der eingetretene Betrug begründet nemlich für den verkürzten Gläubiger ein fictum dominium an der veräußerten Sache, welches ihm das Recht giebt, dieselbe zurückzufordern. arg. §. 6. I. de actionibus (IV, 6.) *Lauterbach* Coll. XLII, 8, 7.

[70]) L. 9. D. In quib. caus. pign. (XX, 2.) L. 3. C. de servo pign. dato (VII, 8.) „posse servis libertatem dari.“

weitere Beschränkung hervor, als einmal, daß der Umfang der Veräußerungen die Absicht der Verkürzung der Gläubiger nicht dürfe darlegen, und ferner, daß das gesammte Vermögen des Schuldners in derselben Veräußerung nicht dürfe begriffen werden, weil sodann, außer jener Vermuthung eines bezweckten Betrugs, die Veräußerung des eigentlichen Gegenstandes der Hypothek eintreten würde, wobei nothwendig die Grundsätze von der Veräußerung im Fall einer Specialhypothek in Anwendung kommen müssen. Daß übrigens Schenkungen hier völlig den Veräußerungen gegen Ersatz gleichstehen, ist eben dadurch außer Zweifel gesetzt, daß diese Bestimmungen auf die Freilassung von Sklaven bezogen worden, weil es gesetzwidrig war, für eine solche sich eine Vergütung auszubedingen und dieselbe mithin immer als eine Handlung der Freigebigkeit angesehen werden müßte. Endlich wird die Befugniß des Schuldners, auf die gedachte Weise über einzelne Bestandtheile seines Vermögens zu verfügen, aufgehoben, sobald der Gläubiger sein Pfandrecht geltend macht, und daher kann von diesem Zeitpunkte an kein Sklave wirksam in Freiheit gesetzt werden. „Scilicet antequam pensionis nomine praecludamur," sagt die oben angeführte L. 9. D. In quib. caus. pign. und bezeichnet eben hierdurch die gerichtlichen Maßregeln, welche vom Gläubiger veranlaßt werden können, um seinen Anspruch zu verfolgen. [71])

---

[71]) *Cuiacius* Observ. XVII, 39.

19. Die oben entwickelte Ansicht möchte hiernach, als im römischen Rechte begründet, dargestellt und also gerechtfertigt seyn, wenn nicht viele Gesetzstellen derselben entgegen zu stehen schienen. Bevor daher das Resultat der gegenwärtigen Untersuchung gegeben werden kann, müssen diese Fragmente erläutert werden. Bei dieser Erörterung, welche nicht nur diejenigen Stellen, die für die entgegenstehenden Meinungen angeführt werden, sondern überhaupt alles umfassen soll, was die gegebene Theorie zweifelhaft machen könnte, ist der Gesichtspunkt festzuhalten: daß das römische Recht das besondre Pfandrecht immer als wesentlich verschieden von der Generalhypothek betrachtet, und eben deshalb beide neben einander zwischen denselben Parteien bestehen läßt[72]); daß ferner die einzelnen Stellen dieses Rechts, weil die Specialhypothek zuerst eingeführt und, wenigstens lange Zeit hindurch, allein gebräuchlich war, auch daher den eigentlichen Gegenstand der legislativen und practischen Ausbildung dieser Materie dargeboten hatte, im Zweifel nur vom besondern Pfandrechte zu verstehen sind; daß endlich in den Bestimmungen über die Specialhypothek nur insofern Vorschriften für das allgemeine Pfandrecht zu suchen sind, als die Eigenthümlichkeit dieses Letztern es gestattet, und also die daher abgeleiteten Grundsätze, in der Anwendung auf diese Art des Pfandrechts, der besondern Natur

---

72) S. oben §. 3. und 7.

desselben untergeordnet und gleichsam angepaßt werden müssen.[73])

20. Zuerst sind hier diejenigen Gesetzstellen zu erwägen, welche sich auf die Andeutung allgemeiner Grundsätze beschränken, ohne nähere Beziehung auf das allgemeine Pfandrecht. Es sind dieses folgende zwei Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian.

L. 12. C. de distract. pignorum (VIII, 22.) „Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam, te non consentiente distraxit, dominium cum sua causa transtulit ad emtorem.“ Und

L. 15. C. de pignorib. et hypoth. (VIII, 14.) „Debitorem neque vendentem, neque donantem, — posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est. Unde, si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes.“

Beide Stellen sprechen nur den Grundsatz, daß eine Sache, bei ihrer Uebertragung auf einen andern Eigenthümer, mit den auf ihr haftenden Lasten, cum sua causa, übergehe, in Beziehung auf das Pfandrecht im Allgemeinen aus; bestimmen aber keineswegs, ob und in welchem Maße dieses, wie bei der

---

73) Es bedarf hier nicht erinnert zu werden, daß selbst an sich klar ausgedrückte gesetzliche Bestimmungen eine Auslegung, in Hinsicht ihres Gegenstandes und ihrer Anwendbarkeit auf gegebene Fälle, zulassen. „Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris“ sagt daher L. 1. §. 11. D. de inspic. ventre (XXV, 4.), „attamen non est negligenda interpretatio eius.“

Special=, so auch bei der Generalhypothek anzuwenden seyn soll. Da nun überdem Beide den Singular brauchen, „rem tibi obligatam," so ist es um so weniger zweifelhaft, daß die hier gegebene Vorschrift nur auf die Specialhypothek bezogen wird. Eine Anwendung dieser Gesetzstellen auf die Generalhypothek ist mithin schon an sich bedenklich, kann aber immer nur insoweit zulässig seyn, als die Eigenthümlichkeit dieser Art des Pfandrechts es gestattet. Am wenigsten ist die zuvor ausgeführte Meinung durch diese Stellen zu widerlegen, da der hier ausgedrückte Grundsatz an sich nicht bezweifelt wird, das Maaß und die Bedingungen seiner Anwendbarkeit auf die Generalhypothek aber hier nicht bestimmt werden, und dennoch eben gegenwärtig in Frage sind und den Gegenstand dieser Untersuchung ausmachen.

So wie der, in jenen Rescripten ausgesprochene, Grundsatz vorliegt, kann er in Beziehung auf die Generalhypothek nicht mehr sagen, als daß bei einer Veräußerung des gesammten, ihr unterworfenen, Vermögens das Pfandrecht auf den dritten Inhaber übergehe.[74]) Ueber die Wirkung einer Veräußerung einzelner Bestandtheile dieses Gegenstandes der Generalhypothek, und die aus derselben entspringende Klage gegen den Inhaber findet sich hier kein Wort.

21. Andere Gesetzstellen handeln von Fällen und entschei=den Fragen, welche dem Gegenstande der gegenwär=

---

74) Vergl. oben §. 8. 9.

tigen Untersuchung völlig fremd sind. Sollten sie daher auch beiläufig Rechtssätze andeuten, welche auf den vorliegenden Gegenstand bezogen werden könnten, so dürfen sie dennoch hier nicht berücksichtigt werden. Entspricht nemlich die entwickelte Ansicht dem rechtlichen Begriffe der Generalhypothek und den allgemeinen Grundsätzen, ja ausdrücklichen Bestimmungen des Rechts, so können solche gelegentliche Aeußerungen keine Widerlegung derselben enthalten. Nur ein, mit Bestimmtheit und in Beziehung auf jene Art des Pfandrechts ausgesprochener, Grundsatz, oder eine ausdrückliche Verordnung würden eine solche Abweichung von der Regel zu begründen vermögen, wie sie in der unbedingten Verfolgung der Generalhypothek gegen den dritten Inhaber einzelner Theile des verpfändeten Vermögens liegen würde. Es gilt dieses von vielen der hier zu erwähnenden Gesetzstellen.

L. 15. §. 1. D. de pignorib. et hypoth. (XX, 1.) „Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse; ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae cottidie inseri solet cautionibus: ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, caetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde ac si specialiter hae res fuissent obligatae.“ In diesem Fragmente beschäftigt sich Cajus, von dem es sich herschreibt, einzig mit der Frage: in wiefern der Gläubiger bei der, gegen den dritten Besitzer erhobenen, Hypothekklage beweisen müßte, daß der Schuldner zur Zeit des

Pfandvertrages, cum conveniebat, Eigenthümer der verpfändeten Sache gewesen sey? und entscheidet, daß dieser Beweis nur bei der Specialhypothek erfordert werde, nicht aber bei der, unter der angeführten Formul eingeräumten, Generalhypothek. Dort gehört nemlich der zu beweisende Umstand zum Wesen des Pfandvertrages, weil die Verpfändung einer fremden Sache in Regel ungültig ist [75]), so daß der Vertrag selbst dann nicht würde aufrecht erhalten werden können, wenn gleich die verpfändete Sache nachmals vom Schuldner erworben seyn sollte. Bei der Generalhypothek hingegen fällt dieses hinweg, weil sie die künftigen Erwerbungen zugleich umfaßt, es also gleichgültig ist, ob die in Anspruch genommene Sache schon bei der Pfandbestellung dem Schuldner gehört hat, oder erst später von ihm ist erworben worden? Hierauf beschränkt sich aber auch der Inhalt dieser Stelle. Nicht einmal läßt sich aus derselben folgern [76]), daß damals die Generalhypothek des Schuldners künftige Erwerbungen nicht wesentlich, sondern nur vermöge einer ausdrücklichen Vereinbarung umfaßt habe, der Gegenstand derselben also keinesweges als eine Sachgesammtheit betrachtet worden sey. Denn wir finden hier nur eine, als gebräuchlich bezeichnete, Formul für das allgemeine Pfandrecht, nirgend aber die Bestimmung, daß dasselbe nur auf diese Weise

---

75) L. 6. C. si aliena res (VIII, 16.)

76) Dieses ist die Meinung Westphals, Pfandr. §. 114. Note 136.

ausgedrückt werden könne. Noch weniger darf aus den Worten dieses Formulars: perinde ac si specialiter hae res obligatae fuissent, geschlossen werden, es habe die Generalhypothek in Ansehung der einzelnen Bestandtheile des verpfändeten Vermögens durchaus dieselbe Wirkung, die aus einem besondern Pfandrechte hinsichtlich seines Gegenstandes hervorgeht. Eine solche Folgerung würde die Gesetzgebung, welche ja das besondre neben dem allgemeinen Pfandrechte wirksam bestehen läßt, mit sich selbst in Widerspruch bringen. Auch sind jene Worte, nicht Theil der Entscheidung, sondern einer dem Rechtsgelehrten vorgelegten Hypothekbestellung, und was in einem gegebenen Falle auf der ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien beruhet und nur in dieser Hinsicht erwogen wird, kann unmöglich als eine allgemeine Vorschrift erwogen werden. Wenn übrigens das Fragment annimmt, daß aus der Hypothek gegen den Dritten geklagt werden könne, so steht es auch in dieser Hinsicht der oben ausgeführten Theorie nicht entgegen, indem diese jenes Klagrecht ebenfalls, wiewol nicht unbedingt und nicht in jedem Falle, für zulässig ansieht.

22. Hieher gehört ferner L. 26, §. 2. D. de pignorib. et hypoth. (XX, 1.) „Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligavit; heredes eius praediis inter se divisis illis mancipiis defunctis alia substituerunt. Creditor praedia cum mancipiis distraxit. Quaeritur: an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est in hypothecis,

emtor vindicare recte possit? Modestinus respondit: si neque pignorata sunt mancipia, neque ex pignoratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse.“ Da dieses Fragment überall nicht von einer Generalhypothek handelt, das vorhandene Pfandrecht vielmehr als ein besondres ansieht, und diese Ansicht dem gegebenen Ausspruche untergelegt ist, so muß es auffallen, daß hierin ein Argument für die entgegenstehende Meinung gesetzt wird. Schon oben (§. 14.) ist bemerkt worden, daß das Pfandrecht hier nicht einmal die Landgüter mit ihren Wirthschaftsinventarien, diese als Sachgesammtheiten genommen, betroffen habe; weil sonst die gegebene Entscheidung anders hätte ausfallen müssen. Bezog es sich aber, wie wirklich aus dem Fragmente hervorgeht, bloß auf die Grundstücke und die damals darauf befindlichen Sklaven, so war es eine Specialhypothek im eigentlichsten Wortverstande, und nicht einmal eine Hypotheca secundum quid generalis.[77]) Aus diesem Grunde erklärt daher der Rechtsgelehrte, daß bei dem vorliegenden Pfandrechte die, an die Stelle der gestorbenen wieder angetretenen, Sklaven demselben nicht unterworfen wären, wofern sie nicht von einer in der Ver-

---

[77]) Westphal, Pfandr. §. 16. S. 50. macht auf den Unterschied aufmerksam, zwischen der Verpfändung nach der Formul: omnis familia rustica, und des hier gebrauchten Ausdrucks: mancipia quae in praediis sunt. Nur die erste umfasse das künftige Surrogat des Abgangs, beziehe daher sich auf eine universitas rerum.

pfändung begriffen gewesenen Sklavin geboren seyn sollten. [78]) Es folgt aus dieser Stelle nicht einmal, daß ein Anderes und was? bei der Generalhypothek anzunehmen seyn würde. In keinem Falle wird aber aus diesem Fragmente ein, über die Wirkung einer solchen Hypothek gegen den dritten Inhaber entscheidender, Grundsatz abgeleitet werden können, da hier bloß von einer Klage gegen des Schuldners Erben gehandelt wird.

23. Diesem reihet sich an L. un. C. rem alienam gerentibus (IV, 53.): „Non est interdictum tutoribus vel curatoribus, etsi ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, cum sua causa res suas alienare. Potuit ergo curator tuus fundum suum cum suo onere obligare fisco nostro; nam et privato potuisset.“ Es ist hier eigentlich von keiner nachmaligen, das Eigenthum übertragenden, Veräußerung die Rede, vielmehr das streitige Grundstück späterhin nur verpfändet, (potuit — fundum suum — obligare), und also noch in des Schuldners Besitze. Vergebens wird schon deshalb hier eine Bestimmung über die Wirkung der Generalhypothek gegen den dritten In-

---

[78]) *Paullus*, Recept. Sent. L. II, Tit. 5. §. 2. führt zwar an: „Fetus, vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit;“ allein L. 29. §. 1. D. de pignoribus (XX, 1.) und L. 1. C. de partu pignoris (VIII, 25.) zeigen deutlich, daß partus ancillae zugleich mit der Mutter in demselben Pfandrechte begriffen ward. *Schulting*, Jurisprd. antej. p. 273. und Westphal, Pfandr. §. 16. 17.

haber gesucht. Allein auch in anderer Hinsicht ist dieses Fragment für den Gegenstand dieser Untersuchung völlig unerheblich. Die den Kaisern Septimius Severus und Antoninus Caracalla hier vorgelegte Frage ging nemlich dahin: ob ein Vormund, der gegen ihn wegen seiner Verwaltung ausgewirkten Verurtheilung ungeachtet, sein Eigenthum Andern gültig zur Hypothek bestellen könne? und die Entscheidung fiel bejahend aus, weil solcher Umstände unerachtet, dem Vormunde sogar das Recht verbleibe, seine Habe dem Eigenthume nach zu veräußern, eine jede Veräußerung überdem immer unter dem stillschweigenden Vorbehalte derjenigen Rechte geschehe, welche andern Personen an der Sache zustehen möchten. Zweifel und Auflösung betreffen hier also nur das Verfügungsrecht des zur Verantwortung gezogenen Vormundes, und allein beiläufig wird der Regel: res transit cum onere vel causa [79]), gedacht. Ueberdem hatten die Pflegbefohlnen zu der Zeit dieses Rescripts [80]), für die Rückstände und übrigen Ansprüche aus der geführten Verwaltung, nur ein persönliches Vorzugsrecht an des Vormundes Vermögen [81]), nicht aber bereits das

---

[79]) L. 67. D. de contrah. emt. vendit. (XVIII, 1.) Uebrigens sind hier noch zu vergleichen L. 17. C. de administr. tutor. (V, 37.) und L. 7. C. de iure fisci (X, 1.)

[80]) Es ist das Datum nicht angegeben, da jedoch Septimius Severus am 4ten Februar 211 zu York starb, so muß es früher ergangen seyn.

[81]) L. 19. §. 1. L. 23. D. de reb. auct. iud. poss. (XLII,

denselben erst später vom Constantin ertheilte gesetzliche allgemeine Pfandrecht [82]), welches nachmals Justinian bestätigt hat. [83]) Auf jenes persönliche Vorzugsrecht bezieht sich also auch allein jene Gesetzstelle, und eben deshalb gedenkt sie des Umstandes, daß in dem vorgetragenen Falle der Vormund bereits ausgeklagt war, indem das Privilegium erst dadurch begründet ward, wohingegen die nachmals eingeführte gesetzliche Hypothek schon mit dem Augenblicke der übernommenen Verwaltung den Anfang nimmt. [84]) Es wird hier mithin von den Wirkungen eines Pfandrechts überhaupt gar nicht gehandelt.

Wollte man aber auch mit einigen Schriftstellern annehmen, das stillschweigende Pfandrecht der Pflegbefohlnen sey älter, und in dem erwähnten Rescripte berücksichtigt worden [85]), so würde dieses selbst dann nicht der diesseitigen Meinung entgegen stehen. Theils enthält es über die streitige Frage keine Bestimmung, da der Rechtssatz: res transit cum onere, nur auf eine nachmalige Verpfändung angewendet wird; ob

---

5.) L. 42. L. 44. §. 1. D. de admin. tutor. v. cur. (XXVI, 7.)

82) Durch das, in L. 20. C. de adm. tut. (V, 37.) uns aufbewahrte, Rescript vom 7ten April 314.

83) Nov. 118. cap. 5.

84) L. 6. §. ult. C. de bon. quae liber. (VI, 61.) *Voet*, Comm. ad D. XX, 2, 17 et 18.

85) Westphal, Pfandr. §. 104. und die daselbst Note 124. angegebene DD.

aber die Generalhypothek die einzelnen Theile des ihr unterworfenen Vermögens sofort unbedingt bestricke? hier unentschieden gelassen ist. Theils geht das Rescript von Umständen aus, unter welchen die volle Anwendbarkeit des Grundsatzes vom Uebergange des Pfandnexus auf den dritten Besitzer, selbst bei der Generalhypothek nicht bestritten wird. Indem es nemlich voraussetzt, daß der Vormund bereits verurtheilt ist, (ex eo titulo iudicati debitores constituti) muß hier vom Gläubiger schon Klage erhoben und damit einer der Fälle eingetreten seyn, in welchem, auch nach der oben entwickelten Ansicht, der Bestand des verpfändeten Vermögens abgeschloss=n wird, und dessen einzelne Theile einen Gegenstand der klagbar gemachten und, in Gemäßheit der bestehenden Generalhypothek zu suchenden, Befriedigung abgeben können. Daß also in solchem Falle der Schuldner durch keine Veräußerung die Befriedigungsmittel des Gläubigers mindern kann, das Pfandrecht des Letztern vielmehr hier auch gegen den dritten Inhaber zu verfolgen ist, entspricht eben der oben ausgeführten Meinung; und daher ist das erwähnte Rescript, selbst nach dieser Erklärung nur als ein Beweis für die Richtigkeit dieser Meinung anzusehen.

24. Die L. 3. C. de remiss. pignor. (VIII, 26.) „Si ignorante vel invito te debitor tuus, qui universa bona sua — tibi obligavit, cum republica postea contraxit, ius tuum non laesit.“ ist eben so unerheblich. Dieses Rescript des Kaisers Alexander Severus beschäftigt sich mit der kurz zuvor eingeführten gesetz=

lichen Hypothek des Fiscus in dem Vermögen desjenigen, welcher mit demselben einen Vertrag geschlossen hat.[86]) So wie dem Fiscus früher ein persönliches Vorzugsrecht zugestanden, schien es zweifelhaft, ob das demselben neuerdings eingeräumte gesetzliche Pfandrecht nicht ebenfalls mit einem Vorrechte verbunden sey, oder ob es mit andern Hypotheken bloß nach dem Alter seinen Rang nehme? Der Kaiser entscheidet für die letzte Ansicht und erklärt das Pfandrecht des Fiscus für nicht privilegirt, daher es der ältern, ausdrücklich bestellten, Hypothek nachstehen müsse. Es wird hier also bloß jener Grundsatz aufgestellt, und übrigens die allgemeine Regel angewendet, daß der Vorgang der Hypotheken, in Ermangelung eines besondern Vorzugsrechtes, nach ihrem Alter sich bestimme.[87]) Ueberdem findet sich in diesem Rescripte kein Wort über die Wirkung der Generalhypothek hinsichtlich der vom Schuldner vorgenommenen Veräußerungen, wie denn der vorgetragene Fall nicht einmal eine Veränderung des Eigenthums voraussetzt. Denn der Ausdruck: contraxit, deutet nicht auf einen veräußernden Vertrag, sondern allein auf das Ver-

---

86) Diese Legalhypothek scheint nemlich unter Antoninus Caracalla im Jahre 215 eingeführt zu seyn. L. 2. C. in quib. caus. pign. (VIII, 15.) Von dem unstreitig ältern privilegium exigendi findet sich eine Spur in L. 6. D. de iure fisci (XLIX, 14.)

87) L. 8. D. qui potior. in pign. (XX, 4.) L. 8. C. eod. tit. (VIII, 18.)

hältniß des Schuldners zum Fiscus, wodurch eben das Pfandrecht des Letztern begründet worden war, dessen Vorzug Zweifel erregt hatte; und eben weil der Fiscus als Gläubiger erscheint, muß angenommen werden, daß der Schuldner demselben wenigstens kein Eigenthum übertragen gehabt habe. So ungewiß es aber auch seyn mag, worin der Vertrag mit dem Fiscus bestanden habe; so ausgemacht ist es, daß die damals aufgeworfene Streitfrage, ohne alle Beziehung auf diesen Umstand und den Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung, erörtert und entschieden ist.

25. In diese Klasse der hier zu erläuternden Gesetzstellen gehört gleichfalls L. 2. C. de pignorib. et hypoth. (VIII, 14.): „Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et aequale ius in omnibus habere; jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque, si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum; ea quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Praeses provinciae iubebit.“ Hier wird folgender Fall entschieden. Das Vermögen eines Schuldners war bereits von den Gläubigern desselben angegriffen und unter diesen über den Vorzug Streit entstanden. Es kam dabei die Frage zur Erörterung, ob der ältere Gläubiger, vermöge einer ihm zugleich mit einem besondern Pfandrechte bestellten Generalhypothek, einem andern Gläubiger unbedingt vorgehe, dem später eine Specialhypothek ein-

gegeben war? Der Ausspruch des Kaisers in diesem Rescripte nimmt nun zwar an, daß die Generalhypothek gleichmäßig alle Bestandtheile des Vermögens des Schuldners umfasse, mithin dem ersten Gläubiger hier das Vorzugsrecht des Alters gewähre; entscheidet aber, es habe der Richter die Billigkeit vorwalten zu lassen und insoweit vom strengen Rechte abzuweichen, daß er nicht gestatten dürfe, dem jüngern Gläubiger den Gegenstand seiner Hypothek zu entziehen, so lange der ältere aus der, zugleich mit dem allgemeinen Pfandrechte ihm bestellten, Specialhypothek seine vollständige Befriedigung erlangen könne.[88])

Freilich wird also hier der Grundsatz ausgesprochen, daß die Generalhypothek alle Theile des verpfändeten Vermögens umfasse, und gegen einen Dritten gelten gemacht werden könne, dem später ein Recht an einer dazu gehörigen Sache eingeräumt ward. Allein dieser Dritte ist kein Erwerber des Eigenthums, sondern ebenfalls ein Pfandgläubiger, und das Rescript nimmt das Vermögen nach seinem gegenwärtigen Bestande, ohne sich über solche Sachen zu erklären, die vormals dem Schuldner gehört hatten, jedoch bis hieher aus seinem Eigenthume gegangen waren. Unberührt ist also auch hier die Frage gelassen, welche den Gegenstand dieser Abhandlung

---

88) *Wordenhoff* Diss. de concursu et collisione hypothecae generalis et specialis §. 10. (in *Oelrichs* Thes. nov. diss. Belgic. V. I. pag. 691 etc.) Westphal, Pfandr. §. 35. *Mevius* Decis. P. II. dec. 285, 3.

ausmacht, und ohnehin wird eine Lage der Sache angenommen, die dem heutigen Concursverfahren entspricht, wo mithin von dem, mit der Generalhypothek versehenen, Gläubiger bereits Klage erhoben seyn mußte. Daß aber unter solchen Umständen auch die einzelnen Bestandtheile des verpfändeten Vermögens jenem Pfandrechte unbedingt verhaftet sind, ist eben der oben entwickelten Ansicht gemäß.

26. Den Municipien war wegen ihrer Forderungen ein besondres Recht vom Kaiser Constantin zugestanden, wie folgende Gesetzstelle ersehen läßt.

L. 2. C. de debitor. civit. (XI, 32.): „— Et quia nefas est, obnoxiis corporibus alienatis circumscribi civitates; placuit, si quis debitor reipublicae civitatis quippiam ex eo patrimonio, quod habuit, cum pecuniam reipublicae sumeret, donaverit, vel distraxerit, vel qualibet in alium ratione contulerit: qualitate rei alienatae perspecta, atque omnibus debitoris facultatibus consideratis, quas habuit cum ei pecunia crederetur, pro rata ab eo, qui ex debitoris facultatibus aliquid detinet ex sorte atque usuris postulari. Itaque — Judex — debebit inquirere, ad quos ex qualibet conditione transierint debitoris facultates; ut singuli aequa aestimatione habita, pro rata rerum, quas possident, conveniantur; personalem actionem contra eum habituri debitorem, qui ipsis solventibus liberatur. — Quod si debitor omnia sua ita consumserit, ut nemo aliquam rem ex eius bonis possideat, id debitum convenit ad dispendium reipublicae pertinere; ideoque cura patris civi-

tatis apud idoneos, vel dominos rusticorum praediorum pecunia collocanda est.“

Beim ersten Anblick glaubt man hier ein den Municipien ertheiltes allgemeines Pfandrecht zu finden und dieses in seinen Wirkungen gegen den dritten Inhaber von Sachen, die aus dem verpfändeten Vermögen veräußert worden sind, auf eine Art dargestellt zu sehen, welche den Streit sogleich entscheiden müßte. Allein ungerechnet, daß der gebrauchte Ausdruck: nefas est — circumscribi civitates, den Fall einer beabsichtigten Verkürzung anzudeuten scheint, hier also Umstände vorausgesetzt werden, wo die Paulianische Klage begründet seyn würde, dem Gläubiger also, auch ohne Hypothek, Rechte gegen die Erwerber der vom Schuldner veräußerten Sachen zustehen; daß mithin diese Bestimmungen schon deshalb nicht geeignet seyn können, um daraus Grundsätze über die Wirkung der Generalhypothek abzuleiten; so zeigt sich deutlich, daß diese Constitution überall von keinem Pfandrechte, sondern von einer ganz eigenthümlichen Befugniß der städtischen Verwaltungen handelt. Die besondre Natur dieses Rechts gestattet aber nicht, auf andere Verhältnisse davon eine Anwendung zu machen. Es bestand dasselbe nemlich in der Befugniß denjenigen Theil eines aus der Stadtkasse[89]) belegten Kapitals, welcher vom Schuld-

---

[89]) Das Kalendarium civitatis, von den gewöhnlichen Verfalltagen der Zinsen, den Kalenden so genannt. S. L. 1. Cod.

ner selbst nicht bezahlt erhalten werden konnte, von den Inhabern solcher Sachen oder Grundstücke, die der Schuldner nach Empfang des erwähnten Darlehns veräußert hatte, und zwar von Jedem nach Verhältniß des Werths der erworbenen Stücke, beizutreiben. Nicht einmal ein dingliches Recht an den veräußerten Gegenständen geht hieraus hervor, vielmehr wird deren Besitz nur als die Bedingung und das Maß eines persönlichen Anspruches an den Inhaber betrachtet. Die Verpflichtung dieses Letzten nach Verhältniß des Werths seiner vom Schuldner gemachten Erwerbung zeigt überdem, daß hier an ein Pfandrecht überall nicht gedacht ist, da dasselbe wesentlich eine solidarische Verbindlichkeit bewirkt.[90]) Vielleicht, daß eben die vorausgesetzte betrügliche Absicht des Schuldners auf jene verhältnißmäßige Verpflichtung der dritten Besitzer geführt haben mochte, weil der hieraus hervorgehende Mangel (vitium) des Erwerbstituls nur in dem erwähnten Verhältnisse Statt fand.

Theod. de curatoribus Kalendarii (XII, 11.), ibiq. *Gothofredus* (in Comment. edit. *Ritter*, II, pag. 609.)

90) *Brunnemann* ad L. cit. §. 6. und Westphal Pfandr. §. 74. S. 133. *J. Gothofredus* Comment. ad C. Theod. edit. *Ritter*, II, pag. 610. sagt daher über diese Constitution: „Constantinus M. — civitatibus — ius et privilegium pignoris cuiusdam dedit in possessores bonorum debitoris sui. — *Cuiusdam*, nam etsi hoc privilegium ad ius pignoris accedat, attamen non omnino pignus est. Nam si pignus esset, in solidam rem agi posset adversus eum, qui unam etiam aliquam rem pignoratam possideret, cum sit individua pignoris causa.“

27. Eine andere, sowol in Ansehung des Objects als des Subjects beschränkte, besondre Verordnung enthält folgende Constitution Justinians.

L. ult. C. de pignorib. et hyp. (VIII, 14.): „Super hypothecis, quas argenti distractores, vel metaxarii, vel alii quarumcunque specierum mercatores pecunias sibi credentibus dare solent, hoc specialiter — Sancimus, ut si post huiusmodi contractum liberis suis, vel alio modo cognatis, quamcunque militiam iidem negotiatores acquisierint, (eam tamen quae vendi, et ad heredes sub certa definitione transmitti potest) liceat creditoribus eorum, etiam non probantibus ex pecuniis eorundem negotiatorum liberos eorum, vel cognatos militasse (dum tamen contrarium non probetur, alios ex suo patrimonio dedisse pecunias) creditum ab his, qui militarint exigere; vel tantum eos efflagitare, quanti vendi ea militia possit. Quod ita obtinere sancimus, etsi extraneis quibusdam iidem negotiatores de suis pecuniis huiusmodi militiam acquisisse probentur: ut quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus talem militiam, quae vendi vel ad heredes transmitti potest, permissum est, ut liceat creditoribus et adhuc viventium debitorum iure hypothecae vindicare militias, nisi sibi satisfiat; et post mortem eorum exigere, quod pro iisdem militiis pro tenore communis militantium placiti, vel divinae sanctionis tale praestantis beneficium, dari solet; hoc in negotiatorum personis, licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint, integrum creditoribus eorum servetur. Quod scilicet in

futuris militiis, non etiam in his, quas liberi vel cognati eorundem negotiatorum, vel extranei pecuniis eorum meruerunt, tenere sancimus.“

Den Gläubigern der Argentarien, der Seidenhändler und überhaupt der Kaufleute, welchen von diesen eine Hypothek bestellt ist, die zwar nicht genau bezeichnet wird, den Umständen nach aber für eine Generalhypothek genommen werden muß, wird hier das Recht gegeben, ihre Befriedigung gegen Diejenigen zu verfolgen, denen die Schuldner solche Staatsämter gekauft hatten, welche wiederum verkauft, oder vererbt werden konnten. [91]) Waren diese Staatsämter von den Schuldnern ihren Kindern oder Verwandten erworben, so scheint der Gesetzgeber sie als ein mittelbares Besitzthum des Schuldners betrachtet zu haben; waren sie hingegen fremden Personen gekauft, und also anzunehmen, daß der Schuldner nur als Geschäftsführer gehandelt, sich mithin einen Anspruch auf Erstattung seiner Auslagen erworben habe, so wird hier der Grundsatz, daß ausstehende Forderungen einen Gegenstand der Generalhypothek ausmachen [92]), in Anwendung gebracht. In beiden Hinsichten verordnet der Gesetzgeber, daß der Gläubiger in solchem Falle gegen den Inhaber des Staatsamts dasselbe Klagrecht soll ausüben können, was Demje-

---

[91]) Westphal, Pfandr. §. 40. S. 95 folg. *Schorch* D. de militiis ex casu (opusc. Erford. 1791, N°. 6.) giebt eine Uebersicht der verschiedenen militiae.

[92]) L. 4. C. quae res pignori (VIII, 17.)

nigen zusteht, welcher zum Ankauf eines Staatsamts der erwähnten Art Geld vorgeliehen hat [93]); obwol zwischen ihnen beiden überall kein Darlehnsvertrag eingegangen ist. Schon wegen seiner eingeschränkten und von den Grundsätzen abweichenden Bestimmung, erlaubt dieses Gesetz nicht, allgemeine Regeln über die Wirkung der Generalhypothek hier zu suchen. Aber sein Inhalt ist auch nicht dazu geeignet. Denn nirgend geht aus demselben hervor, daß der Schuldner das Staatsamt anfänglich für sich erworben und sodann dem Dritten abgetreten habe; vielmehr liegt in den Worten: liberis — acquisierint und extraneis — acquisisse probentur, das Gegentheil und, daß das Amt als sogleich für den Dritten angekauft angenommen worden ist, es sey nun, daß der Schuldner damit ein Geschenk gemacht, oder den Preis erstattet zu verlangen sich vorbehalten habe. Da hier also der Gläubiger keinen Gegenstand in Anspruch nimmt, welcher früher in des Schuldners Eigenthume begriffen gewesen ist und in dieser Hinsicht einen Gegenstand der Hypothekklage aus dem allgemeinen Pfandrechte ausmachen könnte; da demselben im Gegentheile gestattet wird, zu seiner Befriedigung Etwas

---

[93]) Ob die hiervon handelnden Gesetze, die Novellen 53. Cap. 5, und 97, Cap. 4. dem Gläubiger, welcher ad emendam militiam leiht, eine Legalhypothek geben, oder aber dem, von demselben ausdrücklich bedungenen, Pfandrechte einen Vorzug beilegen? untersucht Dabelow, Concurs (1ste Ausg.) §. 243. und 244., und (2te Ausg.) S. 249.; woselbst auch die Literatur über diese Materie ausgeführt ist.

herbeizuziehen, was als eine ausstehende Forderung des Schuldners behandelt werden soll; so findet sich hier überhaupt kein Grundsatz ausgesprochen, welcher bei der gegenwärtigen Untersuchung zu berücksichtigen wäre.

28. Dasselbe muß auch von der Nov. 112, cap. 1. behauptet werden. Dieses Gesetz handelt von der Rechtshängigkeit und dem daraus hervorgehenden Hindernisse der Veräußerung einer im Streite befangenen Sache. Nachdem der Begriff vorausgeschickt worden ist: „— sancimus litigiosam dici rem, — de cuius dominio causa inter petitorem et possidentem movetur," wird bestimmt, daß die Rechtshängigkeit der Erbtheilung nicht entgegenstehen, und wie es mit dem Vermächtnisse einer im Rechtsstreite befangenen Sache gehalten werden soll. Hierauf fährt die Novelle fort:

„ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus et in his hanc distinctionem tenere: ut siquidem speciales res — nominatim fuerint hypothecae suppositae, liceat quidem debitori eas, cui et quando voluerit vendere, sic tamen, ut ex pretio earum satisfaciat creditori. Si autem hoc debitor non fecerit; damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat. Hoc autem praecipimus observari, si non forte ante, aut per generalem aut per specialem nominatim hypothecam eadem res aliis fuerit creditoribus obligata; tunc enim secundum sacrarum nostrarum legum tenorem,

temporum privilegia unicuique creditorum servare decernimus. Ex quo iam claret quod generales hypothecas multo magis litigiosi vocabulo nolumus contineri; sed earum actiones secundum veterum legum constituta examinari, et inde vim praecipimus obtinere. Et haec quidem de litigiosis, et speciali nec non generali hypotheca disposuimus.“

In Gemäßheit des gegebenen Begriffs von einer litigiosen Sache, „de cuius dominio causa — movetur,“ wird hier der Inhalt eines Rescripts der Kaiser Severus und Caracalla [94]) wiederholt, und verordnet, daß das Verbot der Veräußerung solcher Sachen auf die aus dem Pfandnexus entspringenden Klagen nicht bezogen werden soll. Wenn gleich daher der Hypothekgläubiger bereits das ihm bestellte Pfandrecht klagbar gemacht habe, so könne der Schuldner dessen Gegenstand dennoch gültig veräußern, und sey dieser auch selbst in solchem Falle nicht für res litigiosa zu halten, indem das Eigenthum hier nicht in Streit gezogen sich finde. So verstehe es sich von der Special-, so noch mehr von der Generalhypothek; jedoch den Rechten aus der Verpfändung unbeschadet, so daß der Schuldner ein hypothekfreies Eigenthum hier nur in sofern übertrage, als er mit dem Kaufgelde das Pfand löscht; wo denn bei der Concurrenz mehrerer Gläubiger die Ordnung nach dem Alter ihrer Hypothek bestimmt werden müsse. Dieses allein ist

---

94) L. 1. C. de litigiosis (VIII, 37.)

der Sinn der vorliegenden Bestimmung [95]); und wenn zugleich des Rechts der Hypothekgläubiger gedacht wird, falls der Schuldner das erhaltene Kaufgeld nicht zu ihrer Befriedigung verwenden sollte, den Inhaber der verpfändeten Sache deshalb zu belangen; so geschieht es nur vermöge einer Anwendung bereits bestehender Grundsätze, mithin ohne deshalb neue Vorschriften zu geben, und überdem unter Voraussetzungen, welche auch nach der oben entwickelten Meinung hier dem mit der Generalhypothek versehenen Gläubiger dasselbe Recht gestatten. Es gedenkt nemlich die Novelle keinesweges eines unbedingt gegen den dritten Inhaber einer jeden, vom Schuldner nach der Verpfändung veräußerten, Sache dem Gläubiger zuständigen Klagrechts, sondern erwähnt der Hypothekklage gegen den Dritten nur in Beziehung auf eine Veräußerung der verpfändeten Sache, während der Schuldner dieserhalb bereits vom Gläubiger belangt ward. Könnte also auch in jener beiläufig gemachten, und überdem nur auf die Specialhypothek bezogenen und ganz unbestimmt gefaßten, Bemerkung eine gesetzliche Bestimmung über die erörterte Streitfrage gefunden werden; so würde daraus nur abzunehmen seyn, was gar nicht bezweifelt vielmehr oben als eine, aus der Natur der Generalhypothek sich ergebende, Beschränkung des dem Schuldner übrigens verbleibenden unbedingten Veräußerungsrechtes darge-

---

95) Westphal, Pfandr. §. 278. S. 399. folg. *Malblanc* Princ. Jur. Rom. §. 580. 1.

stellt ist, daß nemlich von dem Augenblick an, wo der Hypothekgläubiger seine Befriedigung gegen den Schuldner gerichtlich verfolgt, dieser keine Veräußerung mit der Wirkung vornehmen könne, die Sache dadurch der Generalhypothek zu entziehen. Kein Wort findet sich aber in diesem Gesetze für die gemeine Meinung: daß aus der Generalhypothek gegen jeden Inhaber irgend einer, seit der Pfandbestellung vom Schuldner veräußerten, Sache geklagt werden könne.

Uebrigens wird vom beneficio excussionis eben so wenig hier gehandelt, und kann also eine Aufhebung oder Abänderung der Nov. 4, cap. 2. hier nicht gesucht werden. Sollte jedoch auch dem Erwerber einer, einem besondern Pfandrechte unterworfenen Sache das ihm früher zugestandene beneficium excussionis durch die erstgedachte Novelle genommen seyn, und nur noch bei der, gegen den dritten Besitzer gerichteten, Hypothekklage aus dem allgemeinen Pfandrechte Statt finden [96]); so würde der hieraus hervorgehende Unterschied zwischen der Special- und der Generalhypothek von keinem Einflusse auf den Gegenstand dieser Abhandlung seyn, am wenigsten der ausgeführten Meinung entgegenstehen.

29. Indem man die beiden bereits oben (§. 10. und 11.) berührten Gesetzstellen, L. 9. C. Quae res pignori, (VIII, 17.) und L. 29. pr. D. de pignor. et hypoth.

---

[96]) *Voet*, Comm. ad Pand. XX, 4. §. 3. und die daselbst und *Malblanc* a. a. Orten angeführten Schriftsteller.

(XX, 1.) so auszulegen sucht, als habe vor jener Verordnung Justinians die Generalhypothek die künftigen Erwerbungen des Schuldners nur in soweit umfaßt, als sie ausdrücklich darauf erstreckt gewesen ist[97]), könnte daraus der Einwand abgeleitet werden, daß die Römer also den Gegenstand des allgemeinen Pfandrechts nicht als Sachgesammtheit angesehen haben könnten. In dieser Hinsicht müssen beide Stellen nochmals erwogen werden, und es wird leicht darzuthun seyn, daß jene Behauptung Westphals aus ihnen keinesweges hervorgehe.

Die L. 9. C. quae res pignori (VIII, 17.) verordnet nicht, daß eine bestellte Generalhypothek den künftigen Vermögenszuwachs umfassen soll; sondern, daß dieser selbst dann dem Pfandrechte mit unterworfen zu halten wäre, wenn seiner auch nicht ausdrücklich bei der Verpfändung erwähnt sey; sobald die gebrauchten Worte übrigens nur den Willen abnehmen ließen, eine Generalhypothek zu bestellen. Das Gesetz folgert aus den allgemeinen Ausdrücken: „fide et periculo rerum ad me pertinentium," oder: „si res suas supponere debitor dixerit," die Absicht, ein allgemeines Pfandrecht einräumen zu wollen und nimmt in solchem Falle es für bestellt an, wie die Worte: „super qua generali hypotheca etc." ergeben. Es schließt sodann weiter: weil eine Generalhypothek wesentlich die künftigen Erwerbungen einschließe, so

---

97) S. Westphal, Pfandr. §. 36. folg.

wären diese so gut in dem so eingegangenen Vertrage begriffen, als wenn derselbe nach der gebräuchlichen Formul: „res tam praesentes, quam futuras,“ oder: „quas habeo habiturusve sum,“ geschlossen gewesen wäre. Selbst die Worte des Gesetzes: „nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri“ (scil. sancimus) unterstützen diese Auslegung, indem sie wenigstens andeuten, daß der Gesetzgeber nur das ältere Recht zu erklären und anzuwenden, nicht aber eine neue Bestimmung zu erlassen bezweckt hat.

Noch weniger aber wird jene Meinung Westphals durch L. 29. pr. D. de pignor. et hypoth. (XX, 1.) unterstützt. Denn die hier gegebene Vorschrift: „ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa acquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris“ beweiset keinesweges, daß die Generalhypothek den künftigen Erwerb vor der L. 9. C. cit. nicht wesentlich umfaßt habe; sondern bringt eine der oben aus der Natur der Sache entwickelten Regeln in Anwendung, und bestätigt den Grundsatz, daß der Erbe zwar unbedingt für seines Erblassers Schulden, jedoch über den Belauf der Erbschaft hinaus nur persönlich hafte, der Gegenstand der Generalhypothek hier auch mit dem Uebergange des vererbten Vermögens auf den Erben in sich abgeschlossen werde, so daß ein künftiger Zuwachs, am wenigsten durch des Erben ursprüngliches Vermögen, nicht mehr eintreten kann.

Wenn hiernach mit der bemerkten Ansicht des

genannten Schriftstellers, auch das darauf gegründete Argument wider die oben entwickelte Meinung hinwegfallen muß, so steht diesem überdem noch entgegen: daß die ältern, von der Generalhypothek handelnden, Gesetzstellen immer einer ausdrücklichen Ausdehnung derselben auf den künftigen Erwerb gedenken, und, falls nach der damaligen Jurisprudenz wirklich diese Erstreckung nur bei einer ausdrücklichen Vereinbarung angenommen seyn sollte, dieses bloß ergeben würde, daß die wirkliche Generalhypothek allein ausdrücklich, nemlich unter jenem Zusatze, damals eingegangen werden konnte, hingegen die Verpfändung des gesammten Vermögens nur eine solche Hypothek im uneigentlichen Wortverstande, hypotheca secundum quid generalis, begründet habe.

30. Größere Schwierigkeiten bietet folgendes Fragment von Paullus dar:

L. 47. pr. D. de iure fisci (XLIX, 14.): „Moschis quaedam fisci debitrix ex conductione vectigalis, heredes habuerat; a quibus post aditam hereditatem Faria Senilla et alii praedia emerant: cum convenirentur propter Moschidis reliqua, et dicebant, heredes Moschidis idoneos esse, et multos alios ex iisdem bonis emisse, aequum putavit Imperator, prius heredes conveniri debere, in reliquum possessorem omnem: et ita pronunciavit.“

Die hier erwähnte Entscheidung des Kaisers [98])

---

98) Paullus nennt ihn nicht; da er aber, zwar bereits unter

geht eigentlich auf das beneficium excussionis, welches dem, mit der Hypothekklage belangten, dritten Besitzer zugestanden wird; es mag nun dieses Recht damals zuerst eingeführt, oder aber auf den Fall angewendet seyn, wo der ursprüngliche Schuldner gestorben und ein Erbe in dessen Stelle getreten war, dieser Umstand aber die Statthaftigkeit jener Einrede zweifelhaft machte. Zugleich wird aber ausdrücklich angedeutet, daß jeder dritte Besitzer, insofern der Erbe nicht zahlungsfähig seyn sollte, belangt werden könne, und da zuvor der Grund des vom Fiscus erhobenen Anspruchs in der Erpachtung öffentlicher Gefälle von Seiten der Erblasserin gesetzt ist, so bezieht sich jenes Fragment offenbar auf die Wirkung der Hypothekklage aus einem allgemeinen Pfandrechte, wie solches schon damals dem Fiscus wegen seiner Forderungen aus Verträgen zustand. [99]) Dennoch eignet sich diese Stelle nicht, um die gewöhnliche Meinung daraus zu rechtfertigen. Es tritt hier nemlich einer der Fälle ein, wo nach der oben entwickelten und durch die L. 29. pr. D. de pignor. et hypoth. (XX, 1.) belegten Ansicht (§. 6, 11 und 29.) das

---

Severus und Antoninus Caracalla im Ansehn gestanden hat, allein unter Alexander Severus erst mit dem Amte eines Praefectus praetorio bekleidet sich findet, (*Bach*, hist. Jur. pag. 489.) so wird man ihn von diesem Kaiser verstehen müssen.

99) L. 2. C. In quibus caus. pign. (VIII, 15.), ein Rescript des Kaisers Antoninus Caracalla.

den Gegenstand der Generalhypothek ausmachende Vermögen abgeschlossen und auf gewisse Bestandtheile beschränkt war. Denn die ursprüngliche Schuldnerin war gestorben, ihr Vermögen auf ihre Erben übergegangen und die Güter, deren Verfolgung durch die Hypothekklage in Frage sich befand, erst durch die Erben veräußert. Unter diesen Umständen aber mußte diese Klage gegen den dritten Besitzer gestattet werden, weil, mit der Vererbung des verpfändeten Vermögens, die Generalhypothek in ein uneigentlicher Weise sogenanntes allgemeines Pfandrecht übergegangen war und ferner keine Sachgesammtheit, hingegen die damaligen Bestandtheile jenes Vermögens unbedingt zum Gegenstande hatte. Ueberdem ist der Fall, welcher dem in jenem Fragmente beigebrachten Ausspruche untergelegen hat, nur in einigen Grundzügen mitgetheilt worden, die nähern Umstände aber unbekannt geblieben. Um so weniger kann also hieraus der Grundsatz abgeleitet werden, daß eine Generalhypothek dem Gläubiger die Befugniß gebe, jeden Inhaber einer, seit der Pfandbestellung aus des Schuldners Vermögen veräußerten, Sache unbedingt in Anspruch zu nehmen; zumal die erwähnte Entscheidung diesen Punkt gar nicht zum Gegenstande hatte, vielmehr die Verpflichtung des dritten Besitzers als unbestritten annimmt und nur bestimmt, daß zuvor der Schuldner oder dessen Erbe ausgeklagt werden müsse.

31. L. 1. C. de conveniendis fisci debitoribus (X, 2.):

„Non iniusta ratione desideratis, repromissa Fisco

indemnitate, eos priore loco conveniri, qui reliqua contraxerunt, mox ad vos perveniri qui ab his quaedam mercati estis“ beſtimmt die Ordnung, in welcher wegen Rückſtände ſoll geklagt werden können, die dem Fiscus aus einem Vertrage gebühren. Zuerſt ſoll die Klage den eigentlichen Schuldner treffen, bei deſſen Zahlungsunfähigkeit aber auch gegen diejenigen gerichtet werden können, welche von demſelben etwas gekauft hatten. Bei dem erſten Anblicke ſcheint hier alſo nichts weiter als der Grundſatz in Anwendung gebracht zu ſeyn, welcher ſchon in dem zunächſt vorher erläuterten Fragmente (L. 47. pr. D. de iure fisci) ausgeſprochen ward, und wie dort würde auch hier die beſtehende Ungewißheit über die nähern Umſtände des hier entſchiedenen Falls es bedenklich machen, in dieſer ſo allgemein ausgedrückten Beſtimmung eine Vorſchrift über die Wirkung der Generalhypothek gegen den dritten Beſitzer zu finden. Allein es zeigen ſich bald andre Bedenklichkeiten. Hier wird nicht, wie dort in der L. 47. pr. D. cit. von dritten Beſitzern als ſolchen („possessorem omnem“), ſondern von Perſonen geredet, welche einen Kauf mit dem Schuldner geſchloſſen hatten, „qui quaedam mercati estis,“ und es läßt ſich nicht annehmen, daß dieſe beſchränkende Bezeichnung als gleichbedeutend mit jenem allgemeinen Ausdrucke gebraucht ſey. Hat aber hiermit ein beſondres Verhältniß angedeutet werden ſollen, ſo muß es darin geſucht werden, daß man den Käufer nicht als Beſitzer einer unter dem Pfandnexus ſtehenden Sache, ſondern als

einen solchen, welcher seiner Verpflichtung aus dem Kaufcontracte noch kein Genüge geleistet hat, als Schuldner des Kaufgeldes betrachtet. Aus diesem Gesichtspunkte wird Alles deutlich. Nicht von der Hypothekklage aus dem allgemeinen Pfandrechte, und ob dieselbe stets den dritten Besitzer treffe, sondern, in wiefern der Fiscus den Schuldner seines Schuldners belangen könne? entscheidet jenes Rescript. Es war dieses nemlich schon damals keinesweges unbedingt erlaubt, vielmehr nur in dem Falle gestattet, wo der eigentliche Schuldner ausgeklagt und zahlungsunfähig befunden ist. [100]) Unser Rescript wendet also diesen Grundsatz an und enthält eine mit der L. 4. C. Quando Fiscus vel privatus (IV, 15.) völlig übereinstimmende [101]) Entscheidung; hingegen keine Bestimmung über den Gegenstand dieser Abhandlung.

32. In der L. 4. C. de privilegio fisci (VII, 73.): „Si debitor, cuius fuisse fundum ipse confiteris, prius

---

100) L. 2. C. Quando Fiscus v. privat. (IV, 15.) „Si in causa iudicati Valentis, quem tibi condemnatum esse proponis, nihil est, quod sine quaestione loco pignoris capi et distrahi possit; debitores eius conventi ad solutionem auctoritate praesidis provinciae compelluntur.“ Ein Rescript des Kaisers Antoninus Caracalla, mithin älter als das in L. 1. C. de conven. fisci deb. (X, 2.) enthaltene Rescript von Gordian dem Jüngern.

101) „Non prius ad eos,“ heißt es daselbst, „qui debitoribus fisci nostri sunt obligati, actionem fiscalem extendi oportere, nisi patuerit principales reos idoneos non esse, certissimi iuris est.“

eum distraxit, quam fisco aliquid debuit, inquietandum te non esse Procurator meus cognoscet; nam etsi postea debitor extiterit, non ideo tamen ea, quae de dominio eius excesserunt, pignoris iure fisco potuerant obligari.“ wird bloß der Grundsatz ausgesprochen, daß die Generalhypothek des Fiscus nicht zurückwirke, mithin auf Güter nicht erstreckt werden könne, die früher aus des Schuldners Vermögen veräußert waren, als dieser angefangen hatte dem Fiscus verhaftet zu seyn. Es geht aus dieser Entscheidung nicht einmal hervor, daß unter andern Umständen ein Anderes Statt gefunden, noch weniger aber, worin diese andere Verfügung bestanden haben würde; auch möchte eine solche Folgerung, die ihrer Natur nach keine gesetzliche Bestimmung enthält, eine Abweichung von bestehenden Rechtsgrundsätzen schwerlich begründen können. Das angeführte Rescript beweiset also nicht, daß die Generalhypothek, unter allen Umständen und unbedingt, gegen den dritten Inhaber einzelner, aus des Schuldners Vermögen seit der Verpfändung veräußerter, Stücke könne verfolgt werden; und allein dieses ist hier in Frage.

33. Dasselbe gilt von dem folgenden Rescripte des Kaisers Gordian.

L. 6. C. de privilegio fisci (VII, 73.): „Cum patrem tuum fisci debitorem fuisse demonstras, eumque nubenti tibi possessionem dedisse alleges; Procuratorem ius fisci exequentem eam iure pignoris revocare potuisse intelligis.“

Hier ist einzig der, an sich nicht zu bestreitende

Grundsatz in Anwendung gebracht, daß der Gläubiger, welchem eine Generalhypothek zusteht, sein Pfandrecht auch gegen den dritten Besitzer einer vom Schuldner veräußerten Sache verfolgen könne, und daß dieses auch dann der Fall sey, wenn die Tochter des Schuldners durch die Veräußerung ist dotirt worden. Der aus diesem Umstande hervorgesuchte Zweifelsgrund, unterstützt durch die rechtliche Begünstigung der Mitgaft, scheint der eigentliche Gegenstand der dem Kaiser vorgelegten Streitfrage und der darauf ertheilten Entscheidung gewesen zu seyn. Das Recht des Fiscus wird übrigens, auch in Ansehung des zur Mitgabe eingegebenen Grundstückes, als unbestritten vorausgesetzt, und so über den Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung, da derselbe gar nicht zur Erörterung gebracht war, nichts bestimmt. Ueberdem bleibt es ungewiß, ob die Mitgaft hier nicht unter Umständen ertheilt war, welche eine Befreiung von der Generalhypothek, durch Veräußerung auch nach der diesseitigen Ansicht, würden verhindert haben.

34. L. 5, §. 2. D. de censibus (L, 15.): „Pro pecunia tributi, quod sua die non est redditum, quo minus praedium iure pignoris distrahetur, oblata moratoria cautio non admittitur; nec audietur legatarius contradicens ob tributa praeteriti temporis, quod heres solvendo sit, et is, qui tributis recipiendis praepositus fuerat.“

Papinian, aus dessen Werken dieses Fragment genommen ist, stellt hier einige Grundsätze in Ansehung der öffentlichen Abgaben und ihrer Erhebung

auf. Der Staat habe der Beitreibung der Grundabgaben [102]) nicht so lange Anstand zu geben, bis zwischen dem Erben und dem Legatar, welchem ein Grundstück vermacht worden ist, die Frage ausgemacht ist, wem von beiden die davon rückständigen Abgaben abzuführen obliege? Sodann dürfe der Vermächtnißnehmer die Nachforderung dieser Rückstände auf keine Weise von sich ablehnen und an den Erben verweisen, selbst wenn dieser auch zahlungsfähig seyn sollte. Da nun der Fiscus wegen der Abgaben eine gesetzliche Generalhypothek an den Gütern der Pflichtigen ertheilt bekommen hat [103]), und hier von der Hypothekklage gehandelt wird, so scheint allerdings dieses Fragment ein Beispiel von der Befugniß des Gläubigers aufzustellen, sein allgemeines Pfandrecht gegen den dritten Inhaber einer aus dem verpfändeten Vermögen gegangenen Sache zu verfolgen. Allein das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus in Ansehung der Staatsabgaben entspricht einer Generalhypothek nur hinsichtlich der persönlichen Auflagen; hingegen bei

---

102) Obwol der Ausdruck: tributa, anfänglich nur persönliche Abgaben bezeichnet haben mag, (*Heineccius*, Synt. Antiq. Roman. p. 329 seq.) so umfaßte er doch, nach dem spätern Sprachgebrauche, bald jede Art von Staatsabgaben, bald namentlich die Grundabgaben (L. 52. D de usufructu (VII, 1.) Hugo Rechtsgeschichte §. 148.) und der Zusammenhang des Fragments zeigt deutlich, daß hier allein von solchen Lasten gehandelt werde.

103) L. 1. C. In quib. caus. pign. (VIII, 15.) L. 1. C. Si propt. public. pensit. (IV, 46.)

Grundabgaben ruhet die Hypothek zunächst und vorzüglich auf dem pflichtigen Grundstücke selbst, und trifft das übrige Vermögen des Eigenthümers nur insoweit, als die aufgelaufenen Rückstände den Werth dieses Grundstücks übersteigen; dieselbe ist also mit einer Special- und damit verbundenen Generalhypothek zu vergleichen, welche Letzte bloß im Nothfalle wirksam wird. Eine Zusammenstellung der von diesem Gegenstande handelnden Gesetze wird dieses ergeben. Die beiden Stellen, L. 1. C. in quib. caus. pign. (VIII, 15.) und L. 1 C. si propt. publ. pens. (IV. 46.), gedenken der gesetzlichen Hypothek des Fiscus wegen rückständiger Abgaben als eines allgemeinen und vorzüglichen, nicht erst einzuführenden, sondern bereits bestehenden Pfandrechts; L. 1. et 2. C. de capiendis et distrah. pign. (X, 21.) reden von der Auspfändung der säumigen Steuerpflichtigen und dem Verkaufe der abgenommenen Sachen, ohne nähere Beziehung auf die eigenthümlichen Wirkungen jener Hypothek; denn eine solche Maßregel ist nicht mehr, als die Beitreibung einer ausgemachten Schuld, auch bestimmen diese Gesetzstellen eigentlich nur, daß ein zu dem erwähnten Zwecke vorgenommener Verkauf dem Erwerber ein unwiderrufliches Eigenthum sofort gewähren solle, und daß die Einnehmer es übrigens bei solcher Auspfändung bewenden zu lassen, nemlich der körperlichen Zwangsmittel gegen den Schuldner sich künftig zu enthalten hätten. [104]) Von

---

[104]) Ueber das grausame Benehmen der öffentlichen Einnehmer,

den Grundabgaben insonderheit handeln hingegen L. 7. D. de public. et vect. (XXXIX, 4.) und Tit. C. Sine censu v. reliq. (IV, 47.). In jenem Fragmente heißt es ausdrücklich: „in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere.“ und in den Gesetzstellen des letztgedachten Tituls im Coder wird verordnet, daß ein Grundstück für die davon zu erlegenden Abgaben immer und sogar dann hafte, wann der Käufer ausdrücklich bedungen haben sollte, daß die Rückstände nicht von ihm übernommen würden, vielmehr ihre Bezahlung von dem Verkäufer zu leisten sey. L. 2. C. l. c. fügt hinzu: „cum necesse sit, eum qui comparavit, censum rei comparatae agnoscere, nec liceat cuiquam rem sine censu comparare vel vendere.“ und L. 3. eodem verordnet: „Omnes pro his agris, quos possident, publicas pensitationes agnoscant, nec pactionibus contrariis adiuventur, si venditor aut donator apud se collationis sarcinam pactione illicita voluerit retinere; etsi nondum translata sit possessio censualis, sed apud priorem fundi dominum forte permaneat, dissimulantibus ipsis, ut non possidentes pro possidentibus exigantur.“ Diese Gesetzstellen nehmen sämmtlich die Verpflichtung zu Entrichtung der Grundabgaben, nicht etwa als eine, nach Verhältniß des Grundeigenthums vertheilte, Vermögenssteuer, sondern eine dingliche Belästigung der

---

exactores tributorum, vergl. L. 2. C. de exact. trib. (X, 19.) und *Bynkershoek*, Obs. Jur. Rom. L. 1. c. 2.

einzelnen Grundstücke; welche völlig der Specialhypothek entspricht. Wie der Vertrag eines Schuldners über Veräußerung einer zum besondern Pfandrechte eingesetzten Sache gesetzwidrig ist und dem Gläubiger seine Hypothek nicht entziehet, so wird auch hier die Vereinbarung, nach welcher bei der Veräußerung eines Grundstückes die davon rückständigen Abgaben dem bisherigen Eigenthümer ferner obliegen sollen, den verbotenen Verträgen beigezählt und für unwirksam erklärt. Jenes Fragment betrachtet das Pfandrecht des Fiscus mithin als ein besonderes, und bezieht sich gar nicht auf die Generalhypothek und deren Wirkung gegen den dritten Besitzer.

Diese Erklärung bringt diese Gesetzstelle denn auch in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen; indem sonst, wollte man hier die Wirkung einer Generalhypothek erblicken, kein Grund zu finden seyn würde, warum dem Legatar, als dritten Besitzer, nicht das beneficium ordinis vel excussionis zustehen sollte; wogegen eben aus der Specialhypothek die unbedingte Verpflichtung des Inhabers hervorgeht.[105])

---

105) S. L. 47. pr. D. de iure fisci (XLIX, 14.), L. 1. C. de conven. fisci debit. (X, 2.), L. 2. C. de pignor. et hyp. (VIII, 14.) und L. 9. C. de distr. pign. (VIII, 28.). Denn obwol *Cuiacius*, Observ. XIX, 5. die beiden erstern Gesetzstellen bloß auf das Pfandrecht des Fiscus, wegen seiner Forderungen aus einem Vertrage, beziehet, so ergiebt ihre Fassung, daß sie keine besondre Bestimmung geben, sondern nur die Grundsätze der Billigkeit anwenden wollen. S. oben §. 30. und 31.

Könnte aber auch diese Deutung des Fragments zweifelhaft seyn, so würde im dort angenommenen Falle, wegen des Todes des ursprünglichen Schuldners, eines der Verhältnisse eingetreten seyn, in welchen die der Generalhypothek untergelegene Sachgesammtheit bereits abgeschlossen sich fand, die spätern Veräußerungen also nur dem Pfandrechte unbeschadet geschehen konnten. Das Fragment steht also in keiner Hinsicht der behaupteten Meinung entgegen.[106])

35. Eben so unerheblich ist der Einwand aus L. 11. C. de remissione pignor. (VIII, 26.): „Solita providentia utimur etiam de pignoribus et hypothecis rerum, quae quibusdam creditoribus suppositae, postea a debitoribus venduntur, vel alio modo transferuntur, creditore suum consensum contractui praebente, et

---

[106]) Diese L. 5, §. 2. D. de censibus (L, 15.) befindet sich übrigens weder mit dem §. 1. desselben Fragments, noch mit der L. 39, §. 5. D. de legatis, (XXX.) im Widerspruche. Denn jene handelt von dem Wege, welchen der Erheber der Staatsabgaben einzuschlagen hat; diese beiden hingegen von dem Verhältnisse zwischen Erben und Legatar. Muß nemlich der Steuereinnehmer sich zunächst an den Besitzer des Grundstückes halten, oder kann er dieses wenigstens unbedingt thun; so schließt dieses die Befugniß des Letzten, nicht aus, seinen Auctor, der Legatar den Erben, auf Ersatz für die von ihm beigetriebenen Rückstände aus solchen Zeiten zu belangen, wo das Grundstück noch jenem, oder dem Erblasser gehörte. Ja der Erbe wird an sich dem Fiscus verhaftet bleiben und von diesem nach Wahl sofort, oder doch in soweit das Grundstück den Rückstand nicht decken sollte, zur Zahlung angehalten werden können.

quodam legitimo postea modo res ad priorem dominum revertuntur. In hoc enim casu diversae sententiae a legum prudentibus habitae sunt, quibusdam dicentibus ius pignoris renovari propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni solitum est; aliis penitus extingui. Nobis autem visum est, eum qui semel consensit alienationi hypothecae et hoc modo ius suum respuit, indignum esse, eandem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare vel tenentem inquietare.“

Denn hier wird keinesweges von der Wirkung der Generalhypothek gegen den dritten Besitzer gehandelt, auch nicht gesagt, daß die Zustimmung des Gläubigers in die vorgenommene Veräußerung das einzige Mittel sey, um den Erwerber gegen die Hypothekklage sicher zu stellen. Der Gegenstand der hier von Justinian gegebenen Entscheidung ist vielmehr folgender. Des Gläubigers Einwilligung in die Veräußerung einer ihm verpfändeten Sache wird als eine Verzichtleistung auf das ihm zugestandene Pfandrecht angesehen, so daß demselben sodann nur der persönliche Anspruch an seinen Schuldner bleibt.[107]) Erwirbt der Schuldner dieselbe Sache wiederum, so

---

[107]) L. 11. D. quib. mod. pign. (XX, 6.) „Paulus respondit: pignoris quidem obligationem praediorum Gajam Sejam (creditricem) quae viro pro filia communi in dotem eadem danti consensit, cum communis filiae nomine darentur, remisisse videri; obligationem autem personalem perseverasse.“

tritt sie dadurch nicht unter das Pfandrecht zurück. So bei der Specialhypothek. Als nun die von derselben bestehenden Grundsätze auch auf die später eingeführte Generalhypothek bezogen wurden, so entstand der Zweifel, ob nicht bei derselben ein Anderes gelten müsse, da sie die zukünftigen Erwerbungen unter sich begreift. Dieser Punkt ist es, welcher hier bestimmt wird, indem der Kaiser verordnet, daß die Entsagung des Gläubigers die dadurch vom Pfandrechte befreiete Sache auf immer gegen dessen Anspruch sicherstellen soll, selbst wenn im Falle einer Generalhypothek dieselbe neuerdings vom Schuldner erworben werden würde. Das Gesetz begründet also bloß eine Ausnahme von der Regel, vermöge deren die Generalhypothek alle künftigen Erwerbungen des Schuldners umfaßt, und betrachtet das Pfandrecht bloß in Beziehung auf den Schuldner, nicht aber auf den dritten Besitzer einer darin begriffen gewesenen, oder noch begriffenen Sache.

Ueberdem scheint der Gesetzgeber hier den gewöhnlichen Fall vorauszusetzen, wo die Generalhypothek zugleich mit einem besondern Pfandrechte bestellt wird, und der Einwilligung des Gläubigers zur Veräußerung bloß hinsichtlich des Gegenstandes der Specialhypothek zu gedenken. Denn da das allgemeine Pfandrecht das Veräußerungsrecht des Schuldners nicht beschränkt, hingegen die Veräußerung einer besonders verpfändeten Sache als Diebstahl oder Stellionat betrachtet wird, so hatte der Schuldner nur bei der Specialhypothek eine Veranlassung, der Zustim-

mung seines Gläubigers zu deren Veräußerung sich zu versichern, und dieser konnte eben in der zugleich ihm ertheilten Generalhypothek hinreichende Sicherheit finden, um jenem Verlangen des Schuldners nachzugeben.

Der Einwilligung des Gläubigers in die Veräußerung einer verpfändeten Sache wird also hier nur in Beziehung auf den daraus gefolgerten Erlaß des Pfandrechts gedacht; sollte aber auch daraus geschlossen werden dürfen, daß allein eine solche Einwilligung den dritten Inhaber gegen die Hypothekklage sicherzustellen vermöge, so würde dieses nur in Hinsicht der Specialhypothek anzunehmen seyn. Jenes Gesetz wird daher immer, als dem Gegenstande der gegenwärtigen Untersuchung fremd erachtet werden müssen; wie es denn ohnehin mißlich wäre, aus einer auf die gänzliche Aufhebung des Pfandnexus sich beziehenden Bestimmung eine Regel über dessen Wirkung abzuleiten.

36. Die L. 1. C. commun. de Legat. (VI, 43.) scheint gleichfalls ein Argument wider die hier behauptete Meinung darzubieten, indem sie dem Legatar, neben der persönlichen Testamentsklage und der rei vindicatio, noch eine Hypothek an dem Theile der Erbschaft giebt, welcher demjenigen zugekommen ist, der mit dem Vermächtnisse ist beschwert worden (oneratus). Denn dieses Pfandrecht muß nothwendig gegen den dritten Inhaber Statt finden, wenn es neben jenen Klagen dem Legatar einen Vortheil gewähren soll.[108])

---

108) *Sande*, Decis. Frisic. L. III. Tit. 12. def, 23.

Allein die dem Vermächtnißnehmer hier ertheilte Hypothek ist kein allgemeines Pfandrecht, und schon deshalb nicht geeignet, um Folgerungen über die Wirkung und Natur dieses Letzten darauf zu gründen. Sie haftet nemlich nicht auf dem gesammten Nachlasse des Testators, und auch dieser würde bemerktermaßen, zwar als Sachgesammtheit auf den Erben übergehen, aber für die Folgezeit diese Natur verlieren, und also aufhören, Gegenstand einer Generalhypothek im eigentlichen Sinne des Worts zu seyn. Sie trifft vielmehr nur den Theil des hinterlassenen Vermögens, welcher auf den mit der Leistung des Legats Beschwerten übertragen ist. Die Worte jenes Gesetzes ergeben dieses:

„Cum enim non aliter valeat (fideicommissum, vel legatum), nisi aliquid lucri adferat, ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum, non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus quas a testatore consecutus est. In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum, et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit[109]); et hypothecam esse

[109]) Die hier gedachte persönliche Klage ist die actio personalis ex testamento. Sie kann unter Umständen, wenn z. B. der Erbe ohne Inventar angetreten hat, auch über den Belauf der Erbschaft hinausgehen, und zu einer Befriedigung aus des Erben Vermögen führen. Nov. 1. cap. 1. *Voet*, Comm. ad P. XX, 2. §. 21. Die Hypothekklage hingegen erstreckt sich

non ipsius heredis, vel alterius personae quae gravata est fideicommisso rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.“

Nun kann aber das Vermächtniß Desjenigen, dem ferner ein Legat abzuführen auferlegt ist, selbst in einer einzelnen Sache, einem Grundstücke, einem Kapitale ꝛc. bestehen. Es wird also hier überhaupt nicht von der Generalhypothek, noch weniger aber von den Wirkungen derselben in Ansehung einzelner, aus dem ihr unterworfenen Vermögen veräußerter, Stücke gehandelt.

37. Mit mehrerem Scheine könnte das folgende Fragment Papinians angeführt werden.

L. 1. D. de distract. pignor. (XX, 5.): „Creditor, qui praedia pignori accepit, et post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum, ob alium aut eundem contractum interposuit, ante secundum creditorem demissum, nullo iure caetera bona debitoris vendidit. Sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua re-

---

nie soweit, und die Gleichstellung derselben mit jener persönlichen Klage, welche ohnehin in dem Quasicontract der Erbschaftsantretung sich gründet und also bloß gegen Erben, nicht aber einen beschwerten Legatar, Statt findet, bezieht sich bloß auf das Verhältniß der Verpflichtung, falls das Vermächtniß den sämmtlichen, oder mehrern der Erben auferlegt ist, so daß sodann jeder derselben pro rata haftet.

quirit, non competit. Nec utilis danda est; nec furti rerum mobilium gratia recte convenietur: quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur. Praesertim cum alter creditor furto possessionem, quae non fuit apud eum, non amisit. Ad exhibendum quoque frustra litem excipiet; quia neque possidet, neque dolo fecit, ut desineret possidere. Sequitur, ut secundus creditor possessores interpellare debeat."

Hier der Fall dieses Fragments. Nachdem ein Gläubiger eine Specialhypothek erhalten hat (praedia pignori accepit), wird einem zweiten Gläubiger eine Hypothek an dem gesammten Vermögen des Schuldners bestellt (pignorum conventionem ad bona debitoris contulit), hierauf aber auch dem erstern Gläubiger ein Pfandrecht der letztgedachten Art ertheilt.

Da der erste Gläubiger nun auch, außer dem Gegenstande der Specialhypothek, diejenigen Sachen zum Verkauf bringt, welche dem zuletzt erhaltenen Pfandrechte unterworfen waren, und hierbei den zweiten, in Ansehung dieser Sachen ältern, Gläubiger vorbeigeht; so entsteht die Frage: durch welches Rechtsmittel dieser Gläubiger sein Pfandrecht gelten machen könne? Verschiedene, gegen den ersten Gläubiger zu richtende, Klagen werden als unpassend verworfen, und endlich entschieden, daß nur der dritte Inhaber in Anspruch genommen werden könne.

Nimmt man an, daß die conventio ad bona collata, das pactum bonorum hier die eigentliche Ge-

neralhypothek andeute[110]), so scheint das Argument zu treffen. Allein dieses ist keinesweges entschieden, da die bereits früher (§. 10. 29.) erläuterte L. 9. C. quae res pign. (VIII, 17.) ersehen läßt, daß vor Justinian die bloße Verpfändung des Vermögens, ohne ausdrückliche Erwähnung der künftigen Erwerbungen, nicht immer der wirklichen Generalhypothek gleichgesetzt, vielmehr oft nur auf den damaligen Bestand des Vermögens bezogen, also wie eine uneigentliche Generalhypothek betrachtet ward. Ein Umstand, welcher es bedenklich macht, hier einen Grundsatz über die Wirkung des allgemeinen Pfandrechts zu suchen.

Könnte man jedoch hierüber hinausgehen; dürfte man übersehen, daß der Rechtsgelehrte keinesweges den dritten Besitzer für unbedingt verpflichtet erklärt, sondern nicht mehr sagt, als daß, falls eine Klage noch zustehe, sie nur den Inhaber, nicht aber den andern Gläubiger treffen könne; so würde das Fragment dennoch den Einwand nicht begründen. Denn in dem erwähnten Falle ist die Veräußerung nicht etwa vom Schuldner, sondern von einem Gläubiger geschehen, indem derselbe seine Befriedigung betreibt. Theils paßt daher das Fragment gar nicht auf den Gegenstand dieser Untersuchung; theils ist überdem hier eins der Verhältnisse eingetreten, welche auch bei der wirklichen Generalhypothek das, den Gegenstand derselben ausmachende, Vermögen in seinen

---

110) Westphal, Pfandr. §. 191. Note 211.

Bestandtheilen dergestalt abschließen, daß die darin vorhandenen Stücke unbedingt haften. Es ergiebt nemlich der eingetretene Zwangsverkauf des verpfändet gewesenen Vermögens, daß ein völliger Verfall der Umstände des Schuldners vorhergegangen war, ja sogar ein unserm Concurse entsprechendes Verfahren bereits Statt gefunden hatte. Von einem Zuwachse der verpfändeten Sachgesammtheit konnte mithin keine Rede mehr seyn, sie war vielmehr als solche schon beendet; daher denn Papinian nur an den Inhaber verweiset, ohne einmal des Schuldners zu gedenken, welcher sonst offenbar zuvor auszuklagen gewesen seyn würde. Ueberdem leitet das Fragment auf einen besondern Grund, warum der Inhaber hier zu belangen seyn soll; und eben dieser besondere Grund untersagt, für die Wirkung der Generalhypothek hier einen Grundsatz zu suchen. Der Verkauf ist vom ersten Gläubiger, wie ausdrücklich bemerkt wird, auf eine gesetzwidrige Weise, nullo iure, geschehen und also nichtig. Schon wenn bei dem, vom Gläubiger betriebenen, Verkaufe die vorgeschriebene Form nicht beobachtet, die Bekanntmachung und öffentliche Versteigerung unterlassen war, fand gegen den Käufer und Besitzer ein Klagrecht Statt, wofern derselbe Theil an dem damit bezweckten Betruge genommen hatte.[111]) Sobald aber einem andern Gläu-

---

[111]) L. 4. C. Si vendito pignore agatur (VIII, 30.) „— experire actione competenti non tantum adversus credito-

biger ein älteres, oder sonst bevorzugtes Pfandrecht zusteht, ein Fall, der im Fragmente angenommen sich findet, so ist des nachstehenden Gläubigers Befugniß zum Verkaufe der verpfändeten Sache, und die Rechtsbeständigkeit des durch ihn veranlaßten Verkaufs von der vollständigen Befriedigung des vorgehenden Gläubigers abhängig; so daß nur unter dieser Bedingung die veräußerte Sache von dem demselben zustehenden Pfandrechte befreiet wird. Es verordnet dieses L. 8. C. Qui pot. in pignore (VIII, 18.) „Nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem pignoris consequi, nisi priori creditori debita soluta fuerit quantitos. [112])

38. Die L. 17. C. de distr. pignor. (VIII, 28.) „Rei creditor obligatae generali vel speciali conventione, per creditorem alium, cui non fuerat nexa, venumdatae non amittit persecutionem,“ welche gleichfalls für die gemeine Meinung angeführt wird, erläutert sich aus demselben Grunde. Der Zwangsverkauf, den ein Gläubiger zur Erlangung seiner Befriedigung veranlaßt, ist gegen denjenigen Gläubiger, welcher an der verkauften Sache ein besseres Pfandrecht hat, nur in sofern wirksam, als es unter den vorgeschriebenen gesetzlichen Bedingungen geschieht, nemlich mit Her-

---

rem, verum etiam adversus possessorem, si fraudem participasse cum creditore probare potueris.“ L. 4. L. 9. C. de distr. pign. (VIII, 28.)

[112]) Vergl. noch L. 1. et 5. eod. tit.

beiziehung und vollständiger Bezahlung des vorzüglicheren Pfandgläubigers. In dem Falle des Gesetzes war aber diese Bedingung unerfüllt geblieben, die Veräußerung also hinsichtlich des mit einem Pfandrechte versehenen Gläubigers nichtig.

Wie dort im Falle der L. 1. D. de distr. pign. (XX, 5.), so auch hier tritt die besondere Rücksicht ein, daß die Veräußerung nicht vom Eigenthümer geschehen ist, und der Gläubiger, welcher sie vorgenommen hat, sich einer solchen, eine Ausnahme von der Regel bildenden, Befugniß eben durch pünktliche Erfüllung derjenigen Bedingungen fähig machen mußte, von deren Daseyn sein Recht zur Veräußerung abhängig war. Beide Gesetzstellen sind also nicht geeignet das unbedingte Klagrecht aus der Generalhypothek gegen den dritten Besitzer einer, aus dem verpfändeten Vermögen veräußerten, Sache als Regel zu begründen.

39. Dem Gegenstande dieser Abhandlung völlig fremd ist

§. 6. J. de Actionibus (IV, 6.): „Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus possessis ex sententia praesidis; permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione eam rem petere, id est dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.“

Die Klage, welche hier gegen den Erwerber gegeben wird, ist nicht die Hypothekklage; denn da diese das Eigenthum nicht zum Gegenstand hat und, auch gegen den Dritten erhoben, dessen Erwerb an

sich unbestritten läßt, so stehet die angegebene Formel und Wirkung jener Klage: „rescissa traditione eam rem petere, id est dicere, rem traditam non esse et in bonis debitoris mansisse, im offenbaren Widerspruche mit der Hypothekklage. Die Gesetzstelle handelt vielmehr von der Paullianischen Klage, wie der Ausdruck; si quis in fraudem creditorum, andeutet, oder noch eigentlicher von der Nichtigkeitsklage zum Widerruf einer Veräußerung, welche der Schuldner nicht mehr vorzunehmen befugt war, indem er mit dem Ausbruche des Concurses, „bonis a creditoribus possessis ex sententia praesidis," das Recht verloren hatte, über sein Vermögen zu verfügen. Beide Klagen stehen aber, ohne Rücksicht auf ein Pfandrecht, den Gläubigern jeder Art zu.[113])

40. Eine nähere Auseinandersetzung erfordert

L. 3. C. Vt in possess. legator. (VI, 54.) „Si postquam servandi legati seu fideicommissi gratia in possessionem inductus es, pignoris obligatio aut venditio ab herede intervenerit; praecedere caussam tuam, quam iure praetorio veluti pignus habuisti, manifestum est."

---

113) Der Ausdruck creditor wird in der Regel im allgemeinsten Sinne gebraucht. L. 1. D. de rebus creditis (XII, 1.) und der curator bonorum, dem die Paullianische Klage zugestanden wird, L. 1. pr. D. Quae in fraud. credit. (XLII, 5.) vertrat bekanntlich auch bei den Römern die gesammten Gläubiger. Vergl. *Lauterbach*, Coll. XLII, 8, 2. *Vinnius* Comm. ad Inst. §. 6. cit.

Es ist dieses ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla, also zu einer Zeit ergangen, wo die, nachmals von Justinian aufgehobene, gerichtliche Einweisung der Fideicommissarien und Vermächtnißnehmer in den Nachlaß oder dessen auf den Beschwerten übergegangenen Theil noch bestand [114]), und handelt von dieser Einweisung. Dieselbe ward vom Prätor, besonders vom praetor fideicommissarius ertheilt und gewährte [115]) ein prätorisches Pfandrecht, welches dem Legatar und dem Fideicommissar nicht nur das Vorrecht des Alters gegen später begründete Hypotheken sicherte, sondern ihnen auch überdem einen gewissen Mitbesitz des Nachlasses einräumte, und den Zweck hatte, durch die daraus dem Beschwerten erwachsende Belästigung, diesen zu vermögen, seiner Obliegenheit nachzukommen und bei noch nicht betagten Vermächtnissen deshalb Caution zu machen. [116]) Schon dieses besondere, mit der Hy-

---

[114]) Justinian sagt hierüber: L. 1. C. comm. de legatis (VI, 43.) „quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus?“ und in L. 3. §. 2. eod. „in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est.“

[115]) L. 5. C. Vt in possess. legat. (VI, 54.) L. 2. C. qui pot. in pign. (VIII, 18.)

[116]) L. 5. pr. D. Vt in poss. leg. (XXXVI, 4.) „Is cui legatorum servandorum nomine non cavetur, missus in possessionem, nunquam pro domino esse incipit; nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur; neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuo custodiae extorqueat heredi cautionem.“

pothek hier zusammentreffende, Verhältniß hindert uns, allgemeine Grundsätze aus dem angeführten Rescripte abzuleiten. Nicht nur das Vorrecht des Alters, welches dem später bestellten Pfandrechte nicht weichen soll, oder überhaupt das aus der Hypothek hervorgehende dingliche Recht, welches auch gegen den dritten Besitzer gelten zu machen wäre, ist es, was hier den Legatar oder Fideicommissar sicher stellt, sondern der Umstand, daß die vorgenommene Veräußerung mit Beeinträchtigung der ihm zustehenden Obhut geschehen ist. Diese Veräußerung wird daher als widerrechtlich angesehen und dem Beeinträchtigten ein Klagerecht auf Zurücklieferung der veräußerten Sache, eingeräumt.[117])

Wollte man aber auch das Klagerecht gegen den Dritten hier als Wirkung der Hypothek annehmen, so würde dennoch jene Gesetzstelle keinen Einwurf wider die diesseits aufgestellte Meinung begründen. Einmal ist es nemlich auch hiernach unbestritten, daß bei einem aus der Generalhypothek gerichtlich aufgestellten Anspruch keine Veräußerung zum Nachtheil jenes Pfandrechts wirksam geschehen kann; und im

---

117) L. 2. C. de praetorio pign. (VIII, 22.) „— humanius esse perspeximus et in praetorio pignore dare recuperationem creditori, quocunque modo possessionem amittat; —. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam inde patiatur iacturam; tamen ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius caussam interpretamur, etc.“

Falle des Rescripts war wenigstens die Forderung bereits klagbar gemacht, wegen welcher das prätorische Pfandrecht bestand. Ferner ist hier eine wirkliche Generalhypothek nicht einmal vorhanden. Denn der Gegenstand des gedachten Pfandrechts ist, wo nicht eine einzelne Sache, was auch der Fall seyn kann, doch wenigstens immer ein in seinen Bestandtheilen begränzter Inbegriff von Sachen, mithin keine Sachgesammtheit, da die Einweisung und das davon abhängende Pfandrecht nur auf Dasjenige sich bezieht, was aus dem Vermögen des Erblassers an den mit dem Vermächtnisse Beschwerten gekommen ist. [118]) Daß aber ein auf den Erben übergegangener Nachlaß, noch mehr also ein Theil desselben, die Natur einer universitas iuris verliert und nicht ferner Gegenstand einer Generalhypothek im eigentlichen Sinne des Worts seyn kann, ist früher (§. 11. und §. 29.) gezeigt worden. Im Falle des Rescripts steht überdem der vorgenommenen Veräußerung noch besonders entgegen, daß der Nachlaß, eben weil er mit Vermächtnissen beschwert und diese noch nicht abgeführt waren, denjenigen Ueberschuß noch nicht darstellen

---

118) Schon der Zweck dieser Maßregel, Erhaltung des Erbantheils, woraus das Vermächtniß erfolgen soll, (missio legatorum servandorum caussa) erweiset dieses. Deutlich folgt es aber aus L. 5. §. 5. D. Vt in poss. legat. (XXXVI, 4.) „Qui in possessionem legatorum servandorum mittitur, in possessionem quidem rerum hereditariarum omnino veniet, hoc est earum, quae in causa hereditaria manent.“

konnte, welcher allein als Erbschaft zu betrachten ist und auf den Erben übergeht. Auch in dieser Hinsicht war also die Veräußerung, in Beziehung auf die Legatare und Fideicommissare, unwirksam. L. 3. §. 2. C. commun. de Legat. (VI, 43.) verordnet daher: „Nemo itaque heres ea, quae per legatum — relicta sunt, — putet in posterum alienanda, vel pignoris vel hypothecae titulo assignanda, vel mancipia manumittenda; sed sciat quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii exsistens, alieno iuri applicare; quia satis absurdum est, et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, — et alienam spem decipere.“ Ein zwar nicht völlig passendes, ohnehin auch neueres Gesetz, welches aber die aus der Natur der Sache hervorgehenden Grundsätze ausdrückt.

41. Eine besondere Erwägung verdient endlich folgendes Gesetz:

L. 8. §. ult. C. de secundis nuptiis (V, 9.) „Illius autem patris qui in sua potestate talem liberum, vel liberos habens, maternam eis substantiam vel ex materna linea ad eos devolutam servare compellitur; bona iisdem liberis supposita esse ad conservandas easdem maternas res decernimus: ita tamen, ut occasione talium hypothecarum neque patris, neque matris administrationem filii valeant perscrutari, vel aliquam eis movere super hoc quaestionem; cum perspicui iuris sit, etiamsi alienata fuerint eorum bona, quae extra memorata lucra, vel

maternas res sunt, ius hypothecae integrum manere iisdem filiis.“

Nachdem in den vorhergehenden Abtheilungen dieses Gesetzes bestimmt ist, daß dasjenige Vermögen, was von einem verstorbenen Ehegatten auf den andern übergegangen und nach ältern Gesetzen, wegen der fernern Verheirathung des Ueberlebenden, an dessen Kinder erster Ehe dem Eigenthum nach verfallen war[119]), auch den Nachkommen des von diesen Kindern zuvor Verstorbenen gleichmäßig zukommen solle; daß sodann dieses Elterngut von den Kindern auch in dem Falle angesprochen werden könne, wenn sie die Erbschaft des Ueberlebenden ihrer Eltern nicht annehmen würden; daß endlich zur Sicherstellung solchen Elterngutes den Kindern erster Ehe an dem Vermögen, so wie der wieder verheiratheten Mutter, so auch des Vaters, der zur andern Ehe geschritten ist, eine Generalhypothek ertheilt werde[120]); wird ferner

---

119) L. 3 et 5. C. eod. tit. Diese Gesetze umfassen nach den Worten des erstern von Beiden: „quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quidquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quidquid mortis causa donationibus factis, aut testamento iure directo, aut fideicommissi, vel legati titulo, vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio — fuerint assecutae.“

120) Die Worte sind: „praecipimus exemplo matris, cuius res post secundas nuptias filiis ex priore matrimonio natis in hypotheca supposita sunt, ad conservanda eis lucra, quae ex priore matrimonio ad eam pervenerunt; patris quoque bona quae habet habiturusve est, filiis ex priore matrimonio natis post secundas eius nuptias,

hier verordnet, daß dieses den Kindern erster Ehe eingeräumte Recht denselben keinesweges die Befugniß geben soll, die dem Ueberlebenden ihrer Eltern verbleibende Verwaltung und Benutzung des Vermögens zu beeinträchtigen, welches nur dem Eigenthume nach ihnen angefallen ist. Dieser Bestimmung wird sodann die Bemerkung als Beweggrund hinzugefügt: es bedürften die Kinder erster Ehe einer solchen Einmischung in das Verwaltungsrecht des Ueberlebenden ihrer Eltern um so weniger, da das ihnen zugestandene Pfandrecht, selbst wenn das ihnen eröffnete Vater- oder Muttergut verzehrt seyn würde, die nöthige Sicherheit gewähre.

Von den Wirkungen dieser Generalhypothek gegen den dritten Besitzer wird hier nicht gehandelt. Es hat jedoch die, nicht über jeden Zweifel erhabene, Beziehung des am Schlusse gebrauchten Ausdrucks: eorum bona, veranlaßt, diese Stelle als vorzüglich beweisend für die gemeine Meinung von dem unbedingten Klagrechte aus einer solchen Hypothek gegen jeden dritten Inhaber anzusehen. Man verstehet nemlich die gedachten Worte von dem Vermögen der Eltern, an welchem das Pfandrecht begründet ist, und folgert, da der Veräußerung dieser Güter unerachtet die Hypothek den Kindern ungeschmälert verbleiben soll („ius hypothecae integrum manere“) so müsse sie das Klagrecht gegen den Dritten immer gewähren.

---

ad ea conservanda, quae ex eorum matre lucratus est, supposita esse.“

Allein die Worte: eorum bona, beziehen sich nicht auf das der Hypothek unterworfene Vermögen, sondern auf das Vater- oder Muttergut, was den hauptsächlichen Gegenstand der Verordnung ausmacht. Denn abgesehen davon, daß die daselbst gebrauchte Mehrzahl „eorum“ nur auf das zunächst vorhergehende, im Plural ausgedruckte, Subject bezogen werden muß, welches hier die Kinder „filii“ sind; zumal in dem angenommenen Falle bloß bei diesen eine Mehrzahl gedacht werden, und von beiden Eltern zugleich die Rede nicht seyn kann, indem der Eine als todt und beerbt vorausgesetzt wird; abgesehen ferner davon, daß das Wort eorum nothwendig von denjenigen Personen verstanden werden muß, welchen die übrigen Güter gehören, die zwar hier von einander unterschieden, übrigens aber demselben Eigenthümer beigelegt werden (eorum bona, quae extra — sunt), und dann diese, die memorata lucra, dem Eigenthume nach, nicht dem Ueberlebenden der Eltern, sondern den Kindern erster Ehe zustehen; so widerstreben Zusammenhang und Gedankenfolge des Gesetzes einer solchen Auslegung. Indem hier nicht von der Natur und den Wirkungen des den Kindern ertheilten gesetzlichen Pfandrechts, sondern theils von dem Umfange der dem Ueberlebenden der Eltern gelassenen Nutzungs- und Verwaltungsbefugniß, und theils von der Sicherstellung des Vater- oder Mutterguts gegen die Gefahren gehandelt wird, welche der Mangel einer nähern Aufsicht über das Verfahren des Nutznießenden den Kindern drohen könnte; wird bei-

des einander entgegen gesetzt, das Vermögen, in Ansehung dessen der Gesetzgeber auf Sicherungsmittel Bedacht nimmt, und Dasjenige, welches zu des ersten Sicherheit mit einer gesetzlichen Hypothek ist belegt worden. Die Veräußerung jenes Vater- oder Mutterguts wird als die Bedingung betrachtet, unter welcher die Hypothek in Wirkung tritt. Es kann also die Veräußerung hier nur auf das, in der elterlichen Verwaltung gelassene, dem Eigenthume nach auf die Kinder übergegangene, Vermögen bezogen werden, wie die Hypothek bloß auf die eigenthümlichen Güter des Verwalters, nemlich der Mutter oder des Vaters, sich beziehet.[121])

Die Worte: „quae extra memorata lucra“ etc. bezeichnen hiernach den Gegenstand der elterlichen Verwaltung in seinem ganzen Umfange; nemlich „memorata lucra“ und „ex materna linea ad eos devoluta“ bedeuten: wenn auch die Verschleuderung das Ganze, nicht nur das dem Ueberlebenden vom

---

121) Auf eine gleiche Weise erklärt dieses Gesetz *Hellfeld*, in opusc. N°. VII, §. 17. Eine Erklärung, die um so weniger zweifelhaft seyn kann, als das Gesetz ein wahres Verzehren unter der vorgenommenen Veräußerung versteht, indem sonst den Kindern, als Eigenthümern, die Vindication zustehen; L. 6. §. 3. C. de sec. nupt. (V, 9.), und hier, wenigstens neben der Hypothekklage, erwähnt seyn würde. Unter Umständen, welche wegen gänzlichen Verschwindens des Gegenstandes die Vindication unanwendbar machen, kann aber die Hypothekklage gleichfalls nicht helfen.

Verstorbenen der Eltern unmittelbar zugewandte Vermögen, sondern selbst das von dessen Verwandten herrührende Gut (maternas res) betroffen haben sollte, würde dennoch keine, das Verwaltungsrecht des Ueberlebenden beschränkende, Maßregel, es sey nun eine außergerichtliche Nachforschung, oder eine gerichtlich eingeführte Aufforderung (neque — perscrutari, vel — movere — quaestionem), eintreten dürfen; indem eben deshalb die Hypothek den Kindern gegeben sey, und Sicherheit gewähre. Wollte man auch die memorata lucra und maternas res als in einem Satze verbunden annehmen; so würden bona eorum, quae extra — sunt, von dem übrigen Vermögen der Kinder zu verstehen seyn, in dessen Hinsicht dasselbe Rechtens ist, nemlich von den bonis materni generis, der pecunia lustrica, u. s. w.[122]), und der Sinn der Stelle derselbe bleiben: ist gleich das gesammte, in des Ueberlebenden der Eltern Verwaltung gebliebene, Vermögen der Kinder erster Ehe verzehrt, so müssen dieselben sich an der ihnen gegebenen gesetzlichen Hypothek genügen lassen.

Auf jeden Fall und wenngleich, dieser Gründe ungeachtet, jenen Worten die gedachte Bedeutung untergelegt und hier eine Bestimmung über die Wirkung der Generalhypothek gegen dritte Inhaber ange-

---

[122]) Vergl. Dabelow, Concurs der Gläubiger (Ausg. von 1792) Th. II. S. 306. N°. 3.

nommen werden könnte; so würde das Gesetz dennoch wider die zuvor ausgeführte Ansicht nichts entscheiden. Der Ausdruck: alienata eorum bona, auf den Ueberlebenden der Eltern bezogen, müßte nach dem Sprachgebrauche, wie hvpotheca bonorum die Generalhypothek bezeichnet, auch das gesammte Vermögen desselben umfassen; eine Veräußerung, nicht einzelner Theile, sondern des ganzen Bestandes des dem allgemeinen Pfandrechte unterworfenen Vermögens, liegt aber außerhalb der Gränzen der gegenwärtigen Untersuchung, indem es keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß die Veräußerung in einem solchen Falle nur der Hypothek unbeschadet geschehen seyn könne. Denn obwol hier kein Verkauf der verpfändeten Sachgesammtheit, also keine Veräußerung des eigentlichen Gegenstandes der Generalhypothek anzunehmen ist, vielmehr nur eine allmählige Verschleuderung vorausgesetzt wird, so würde hier doch die Veräußerung unter Umständen geschehen seyn, die einen entschiedenen Vermögensverfall andeuten und selbst die Bedingungen der Paullianischen Klage vermuthen lassen. Ist nemlich das Vermögen der Kinder bereits aufgezehrt und wird der Uebergang zur Verschleuderung des eignen gemacht, so möchte die vorsätzliche Verkürzung der Kinder wol aus der That selbst abzunehmen seyn. Immer aber tritt hier eins der Verhältnisse ein, in welchem die verpfändete Sachgesammtheit in ihren Bestandtheilen abgeschlossen erachtet werden muß, so daß die bisherige Generalhypothek in die uneigentlich so genannte übergeht und gleich

einer Specialhypothek jedes dieser Bestandtheile bestrickt.[123])

42. Nachdem nunmehr gezeigt ist, daß nicht nur diejenigen Stellen des römischen Rechts, welche für die gemeine Meinung über die Wirkung der Generalhypothek gegen den dritten Besitzer angeführt werden, sondern auch andere, die irgend darauf zu beziehen seyn möchten, jene Meinung keinesweges begründen; daß sie vielmehr mit der oben (§. 6.) entwickelten Ansicht im Einklange sind; so kann diese jetzt aus der römischen Gesetzgebung begründet und hiernach das Resultat der gegenwärtigen Untersuchung herbeigeführt werden.

Vor allen tritt der Grundsatz hervor:

die eigentliche Generalhypothek hat wesentlich einen Inbegriff von Sachen und Rechten, das gesammte Vermögen des Schuldners als universitas iuris betrachtet, zum Gegenstande.

Nicht nur der Sprachgebrauch und die Allgemeinheit der durch die oratio Divi Marci ausgesprochenen Rechtsregel, so wie verschiedene Bestimmungen des römischen Rechts, welche das Vermögen eines Menschen stets als universitas iuris betrachten, (s. oben §. 9.) ergeben dieses; sondern der in mehreren Beziehungen ausgesprochene Unterschied zwischen der

---

[123]) S. oben §. 3.

General- und der Specialhypothek, in Ansehung des beneficii ordinis (oben §. 7.), des Beweises über das Eigenthum des Schuldners an der verpfändeten Sache (§. 8.), endlich des Verbots der Veräußerung des Gegenstandes einer Hypothek (ebendas.), beweisen gleichfalls dasselbe, indem sie darthun, daß das allgemeine Pfandrecht die einzelnen Bestandtheile des ihm unterworfenen Vermögens nicht in der Maße bestricke, wie die Specialhypothek es thut. Einige Gesetze bringen diesen Grundsatz wirklich in Anwendung: die Verordnungen, daß der künftige Vermögenszuwachs, auch ohne ausdrückliche Vereinbarung, in der Bestellung der Generalhypothek einbegriffen seyn soll (§. 10.), hingegen das allgemeine Pfandrecht, bei Vererbung des verpfändeten Vermögens, nicht des Erben Gut mit umfasse (§. 11.).

43. Eine Folge dieses ersten Grundsatzes ist der nachstehende:

die Generalhypothek im eigentlichen Wortverstande bezieht sich auf die einzelnen Theile des verpfändeten Vermögens in der Regel nicht, die darin gegründete Hypothekklage findet also gegen den dritten Besitzer der daraus veräußerten Sachen gewöhnlich keine Statt.

Wird nemlich der Gegenstand der Generalhypothek als universitas iuris betrachtet, so können einzelne Sachen nur in sofern derselben unterworfen seyn, als sie Bestandtheile der verpfändeten Sachgesammt-

heit sind; und was aus dieser hinaustritt, muß eben dadurch vom Pfandnexus befreiet werden. Denn bei der universitas findet ein steter Wechsel der Bestandtheile Statt, der Preis tritt in die Stelle der Sache und umgekehrt (§. 9.), die neuere Erwerbung ersetzt die durch Veräußerung oder Verlust eingetretene Verminderung der Gesammtheit (§. 10.), nur die Entwährung des Ganzen, nicht einzelner Theile legt dem Veräußerer die Pflicht der Evictionsleistung auf (§. 9.), auch tritt bei dem allgemeinen Pfandrechte eine stillschweigende Genehmigung der Veräußerung einzelner Stücke des verpfändeten Vermögens von Seiten des Gläubigers ein (§. 12.).

Dieser Grundsatz wird ausdrücklich in Anwendung gebracht, indem die Gesetze nicht nur in Beziehung auf universitates facti ihn aufstellen und damit für die Generalhypothek eine Analogie begründen (§. 13.); sondern sowol hinsichtlich der actio de peculio, welche der Hypothekklage immer höchst ähnlich, oft durchaus gleich ist, verordnen, daß diese Klage nur auf dasjenige gerichtet werden könne, was gegenwärtig im Peculium begriffen ist, nicht aber gegen den dritten Besitzer von zuvor aus demselben durch Veräußerungen gegangenen Stücken Statt finde (§. 15.); als auch wegen der Freilassung von Sklaven, welche den wirklichen Veräußerungen völlig gleichgestellt worden ist, die Bestimmung geben, daß nur das an einem Sklaven bestehende besondere Pfandrecht, nicht aber eine Generalhypothek derselben entgegenstehen und sie unwirksam machen soll (§. 16 — 18.), daß also die Ge-

neralhypothek kein Klagrecht gewähre, um die in der Freilassung liegende Veräußerung anzufechten, und gegen den entlassenen Sklaven das Pfandrecht zu verfolgen. Und diese Gesetze stellen hier kein außerordentliches Recht, keine Ausnahme von der Regel für einen besondern Fall auf; sie beziehen vielmehr einen als allgemein geltend anerkannten, Grundsatz auf jene Fälle (§. 15. 18.), und geben hierdurch über die Gesetzmäßigkeit dieses Grundsatzes ein entscheidendes Zeugniß.

44. Dieser Grundsatz bildet die Regel und unterliegt gewissen Ausnahmen, wohin jedoch weder der Fall unentgeltlich geschehener Veräußerungen, noch solcher zu rechnen ist, die nicht im Verhältnisse mit dem Erwerbe stehen bleiben, oder dasjenige des gewöhnlichen Verkehrs überschreiten (§. 13.).

Die eintretenden Ausnahmen drücken sich in folgenden Grundsätzen aus.

1. Sobald der Gläubiger seine Befriedigung gegen den Schuldner in Anspruch genommen hat, kann dieser keine Veräußerung anders, als der Generalhypothek unbeschadet vornehmen; so daß der Gläubiger diese Hypothek auch gegen den Dritten verfolgen kann, welcher einzelne, vom Schuldner seit jener Zeit veräußerte, Sachen im Besitze hat.

Es folgt dieses aus der Natur des, die Generalhypothek begründenden, Vertrages; indem hierdurch

dem Gläubiger die Auswahl derjenigen Bestandtheile des im Allgemeinen verpfändeten Vermögens, welche er der Hypothek eigentlich unterwerfen will, vorbehalten und diese Auswahl durch den erhobenen Anspruch als bevorstehend angemeldet wird. Dieses Recht der Auswahl war bis dahin zwar begründet, aber noch nicht betagt, und weil nunmehr das Letzte eingetreten ist, kann der Schuldner ferner nichts vornehmen, wodurch die Befugniß des Gläubigers geschmälert werden würde (§. 6.). In vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen ist übrigens dieser Grundsatz nicht aufgestellt; wol aber würde er sich in einzelnen Gesetzstellen angewendet finden, wenn man solche auf eine, von der gefaßten Ansicht abweichende, Weise erklären wollte (§. 23. 28. 40.).

45. Eine andere Ausnahme liegt im folgenden Grundsatze:

2. Sobald der Schuldner in Vermögensverfall geräth, verliert er die Befugniß, durch Veräußerungen Bestandtheile seiner Habe dem, aus der Generalhypothek, dem Gläubiger zustehenden, Rechte zu entziehen; vielmehr kann dieser die Hypothekklage gegen den dritten Inhaber unter solchen Umständen veräußerter Sachen richten.

Mit dem Vermögensverfalle des Schuldners wird das Gleichgewicht zwischen Verminderung und Zuwachs des, der Generalhypothek unterworfenen, Ver-

mögens gestört, welches als Grund und Bedingung der bei diesem Vertrage angenommenen stillschweigenden Bewilligung eines freien Veräußerungsrechtes an des Schuldners Seite zu betrachten ist (§. 12). Denn die vom Gläubiger bezweckte und ihm zugesagte Sicherheit schwindet dahin, sobald eine fortschreitende Abnahme des Vermögens seines Schuldners in dessen gewöhnlichen Zuwachs den Ersatz für den Abgang zu finden verhindert; und es treten Umstände ein, welche nach der dem Pfandvertrage unterliegenden Uebereinkunft das Veräußerungsrecht des Schuldners beschränken. Diese muthmaßliche Absicht der Parteien, und die daraus hervorgehende stillschweigende Bedingung ist dem, über die Generalhypothek eingegangenen, Vertrage um so sicherer unterzulegen, als solches zugleich der gesetzlichen Bestimmung entspricht, daß der Pfandgläubiger seine Hypothek, selbst bevor die dadurch gesicherte Forderung betagt ist, sobald die Erhaltung derselben es nöthig macht, zu verfolgen die Befugniß hat.[124]) Kann nemlich die Hypothekklage unter solcher Voraussetzung jederzeit angestellt werden, so muß man auch den Contrahenten die Absicht beimessen, von dem Eintritte des gedach-

---

124) L. 14. pr. D. de pignoribus (XX, 1.) „Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto dandam pignoris persecutionem, quia (i. e. quoties) interest mea; et ita Celsus scribit.“ Cf. quoque L. 6. D. Quib. ex caus. (XLII, 4.) et L. 4. D. de Separat. XLII, 6.) *J. H. Böhmer*, de iure futuro, (Exerc. I. p. 143.)

ten Umstandes an die Sache in einer Lage zu erhalten, daß die Klage wirksam zu erheben steht. Wie es denn überhaupt Rechtens ist, daß ein Gläubiger wegen eines noch nicht fälligen Anspruches sich zeitig sicherstellen darf.[125])

Es versteht sich übrigens, daß nicht eine jede Verminderung des der Generalhypothek unterworfenen Vermögens hierher gerechnet werden darf. Nur wenn das Gleichgewicht zwischen Abnahme und Zuwachs aufgehoben, und nach dem gewöhnlichen Hergange der Sachen eine fortschreitende Verminderung des Vermögens vorauszusehen ist, tritt das Verhältniß ein, welches die bemerkte Wirkung hervorbringt. Eben so ist es klar, daß diese Wirkung nicht von einer betrügerischen Absicht des veräußernden Schuldners abhängt. Denn da diese die Bedingung der Paullianischen Klage ist, welche allen Gläubigern ohne Hinsicht auf eine Hypothek zukommt, so kann das Recht aus einer Generalhypothek nicht einer gleichen Beschränkung unterliegen (§. 39.).

Der hier aufgestellte Grundsatz kann in seiner Anwendung schwierig werden; nie aber wird dieses in gleicher Maße der Fall seyn, wie bei der Befolgung der gemeinen Theorie von dem unbedingten Klagrechte aus der Generalhypothek gegen den dritten

---

125) L. 41. D. de iudiciis (V, 1.) L. 38. pr. D. pro Socio (XVII. 2.)

Inhaber, und nie wird derselbe auf solche Ungerechtigkeiten führen, wie diese Theorie es thut.[126])

46. Weniger eine Ausnahme jener Regel, als eine Folge aus dem Hauptgrundsatze ist ferner dieser:

Von dem Augenblicke an, da das verpfändete Vermögen eine universitas iuris zu seyn aufhört, verändert die Generalhypothek ihre Natur und geht in die uneigentlich sogenannte, die Hypotheca secundum quid generalis, über.

Es tritt dieses mit der titulo universali geschehenen Uebertragung des verpfändeten Vermögens ein, dieselbe möge nun Folge des Todes des Schuldners und der damit eintretenden Vererbung seines Nachlasses, oder einer Handlung unter Lebenden seyn, wovon die Hofesabtretung unter unsern Landleuten ein Beispiel darbietet. Denn obwol die Personalklage des Gläubigers hier den Erben oder Nachfolger des Schuldners unbedingt trifft, also auch gegen dessen ursprüngliches Vermögen vollstreckt werden kann, so geht das Pfandrecht nie auf dieses letztere und den spätern Zuwachs des Vermögens über und bleibt auf die Bestandtheile des Eigenthums des ersten Schuldners beschränkt (§. 11. und 29.). Beispiele von der Anwendung dieses Grundsatzes finden sich oben (§. 30. 33.)

---

126) S. noch oben §. 25, 37, 38 und 41.

47. Ueber die Wirkung dieser uneigentlichen Generalhypothek ist noch einiges zu bemerken.

In sofern der Gegenstand derselben als universitas facti zu betrachten ist, z. B. wenn das bisher der wirklichen Generalhypothek unterworfen gewesene Vermögen in einem, zu einem gewissen Zwecke bestimmten, Inbegriffe von Sachen, einem Landgute mit dem Wirthschaftsinventare, oder dem Letztern allein, einer Apotheke u. d. m. besteht, tritt hier die Analogie der oben (§. 13.) erörterten L. 13. pr. und L. 34. pr. D. de pignoribus (XX, 1.) ein. Es können also die einzelnen Bestandtheile einer solchen Sachgesammtheit auch ferner mit der Wirkung, dadurch aus dem Pfandnexus zu scheiden, veräußert werden, solange die Veräußerung nur der Bestimmung der Sachgesammtheit nicht widerspricht, oder das Wesen derselben nicht gar aufhebt.

Wo aber eine solche, einem gewissen Zwecke unterliegende, universitas rerum nicht angenommen werden kann, muß die analogische Anwendung der erwähnten Gesetzstellen wegfallen, und die uneigentliche Generalhypothek dem besondern, zugleich an mehreren Sachen bestellten, Pfandrechte durchaus gleichgeachtet werden. Die jetzt vorgenommenen Veräußerungen befreien daher ihren Gegenstand von der Hypothek keineswegs und der dritte Inhaber wird der Hypothekklage nur das beneficium excussionis entgegensetzen können. Einzig in Ansehnng der Strafbarkeit einer solchen Veräußerung möchte zwischen dem besondern und diesem uneigentlichen allgemeinen Pfand-

rechte zu unterscheiden seyn. Denn die Veräußerung einzelner der diesem Pfandrechte unterworfenen Sachen kann nicht als Stellionat, oder Diebstahl betrachtet werden, wie bei der eigentlichen Specialhypothek (§. z. 8.), indem hier der Gegenstand des Pfandrechts bereits bestimmt, dem Gläubiger daran ein ausschließendes Recht schon vermöge des Pfandvertrages erworben ist, wogegen dort demselben nur die Befugniß gesichert sich findet, unter mehreren Sachen den näheren Gegenstand seines dinglichen Rechts zu wählen (§. 7.)

II.

Von den verschiedenen Fällen der Verpfändung einer Sache an mehrere Gläubiger, in Hinsicht ihrer Wirkung.

§. I.

Die Bestimmungen des römischen Rechts, über die Wirkung einer, mehreren Gläubigern geschehenen, Verpfändung derselben Sache, haben durch ihre Mannichfaltigkeit viele Erörterungen veranlaßt. [1]) Da diese aber theils unvollständig sind, theils den Gegenstand nur aus einem eingeschränkten Gesichtspunkte beurtheilen, wird es nicht überflüssig seyn, die verschiedenen Fälle gehörig zu unterscheiden und für jeden einzelnen die Wirkung des Pfandrechts aus den Gesetzen zu entwickeln.

---

1) *Connanus* comment. Jur. Civ. L. IV. c. 17. *Tuldenus* comment. in Dig. L. 20. tit. 1. c. 5. *Bachov* exercit. in Fabri error. pag. 231. *Idem* de pignorib. L. III. c. 3. *Wissenbach*, exerc. ad pand. disp. 40. §. 4. *Voet*, Comm. ad Dig. XX, 4. 8. *Pufendorf*, Obs. Jur. Vn. IV, 114. Westphal Pfandr. S. 221. flg.

1. Wenn die Verpfändung zu verschiedenen Zeiten Statt gefunden hat, so unterwirft sie ihren Gegenstand dem Pfandrechte gänzlich und in Ansehung des vollen Betrages der einzelnen Schuldsummen; indem übrigens die Rechte der verschiedenen Gläubiger gegen einander nach dem Alter ihrer Hypotheken sich bestimmen, so daß der jüngere Pfandgläubiger dem ältern selbst dann nachsteht, wenn er die verpfändete Sache besitzt. Dieses Vorrecht des Alters findet sich wiederholt in den Gesetzen begründet[2], und wird auf den erwähnten Fall, wo der jüngere Pfandgläubiger im Besitze des Pfandes sich befindet, ausdrücklich angewendet.[3]) Gleichfalls ist die Solidarität, die Untheilbarkeit des Pfandrechts der

---

[2]) L. 12. pr. et §. ult. D. Qui pot. in pign. (XX, 4.) L. 2, et 4. C. eodem (VIII, 18.) „Nam cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenit tempore.“ und „Si fundum pignori accepisti antequam Reipublicae obligaretur, sicut pricr es tempore, ita potior es iure.“

[3]) L. 12. pr. et §. ult. D. Qui pot. in pign. (XX, 4.) „Creditor, qui prior accepit hypothecam, sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione; exceptio priori utilis est: si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata. Sive, alio possidente, prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat: si non convenit, ut sibi res sit obligata; hic in modum supra relatum replicabit.“ und „Nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem.“

Natur desselben so angemessen, daß sie auch in der gegebenen Beziehung angenommen werden muß. Es wird dieser Grundsatz nicht nur in den verschiedensten Hinsichten in den Gesetzen ausgesprochen[4]), sondern selbst auf den gesetzten Fall ausdrücklich angewendet. Dieses geschieht in dem Fragmente des Gajus, L. 15. §. 2. D. de pign. et hypoth. (XX, 1.) welches näher erwogen zu werden verdient. „Qui res suas iam obligaverint," heißt es daselbst, „et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius easdem res obligant; praedicere solent: alii nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata; ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum cum primo debito liberata res fuerit. De quo videndum est: utrum hoc ita se habeat, si et conveniat; an si simpliciter convenerit de eo, quod excedit, ut sit hypothecae? Et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata; an adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus." Der durch das Alter der Hypothek begründete Vorzug des ersten Gläubigers wird hier als ausgemacht angenommen und nur untersucht, ob dann, wann der Schuldner, um nicht als Stel-

---

4) L. 8. §. 2. D. de pignor. act. (XIII, 7.) L. 19. D. de pign. et hypoth. (XX, 1.) L. 65. D. de evict. (XXI, 2.) L. 1. 2. C. si unus ex plur. hered. (VIII, 32.) L. 1. C. de luit. pign. (VIII, 31.)

lionatar oder Dieb strafbar zu werden [5]), bei der folgenden Verpfändung der vorhergegangenen erwähnt und die nachmalige bloß auf dasjenige, was nach des ersten Gläubigers Befriedigung überbleiben würde, auf die sogenannte hyperocha, beschränkt hat, die spätere Hypothek das Pfand ganz oder nur zum Theil beschwere? Der Rechtsgelehrte unterscheidet, ob der Schuldner das dem zweiten Gläubiger ertheilte Pfandrecht, auf den Fall, daß das Pfand von der ersten Hypothek befreiet werden würde, ausdrücklich auf das Ganze gerichtet, oder ob er, bei der spätern Verpfändung, bloß der Vorrechte des ältern Gläubigers gedacht hat, und bestimmt sich für die Meinung, daß selbst im letztgedachten Falle die Hypothek auf das ganze Pfand sich erstrecke. Da nemlich selbst die Sache eines Dritten unter der Voraussetzung, daß sie in des Schuldners Eigenthum künftig übergehen werde, gültig verpfändet werden kann [6]); da ferner der ältere Gläubiger nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge seine Befriedigung zuerst zu gewärtigen hat; so kann bei einer zweiten Verpfändung sehr wol die stillschweigende Clausel angenommen werden, daß vorjetzt zwar das Pfandrecht nur unter der aus der ältern Hypothek hervorgehenden Beschränkung gedacht,

---

[5]) L. 3. §. 1. D. de stellionatu (XLVII, 20.) L. 19. §. ult. L. 66. pr. D. de furtis (XLVII, 2.)

[6]) L. 6. §. 7. D. de pignor. et hypoth. (XX, 1.) „Aliena res utiliter potest obligari sub conditione: si debitoris facta fuerit.“

auf den Fall jedoch, daß sein Gegenstand hiervon befreiet seyn würde, derselbe ganz und unbedingt ihm unterworfen erachtet werden solle, und es steht der Anwendung des Grundsatzes von der Untheilbarkeit des Pfandrechts nicht allein hier nichts entgegen, vielmehr derselbe mit dem angenommenen Vertrage in Uebereinstimmung.

Dieselbe Bestimmung findet sich auch in L. 16. §. 8. D. de pign. et hypoth. (XX, 1.) Hier wird die Frage aufgeworfen: wie die mehreren Pfandgläubiger gegen den Besitzer zu klagen befugt wären, „utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit?“ und dahin entschieden: „quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim.“ Denn indem bei mehreren, wenngleich an demselben Tage doch einzeln, vorgenommenen Verpfändungen, die eine vor der andern geschehen seyn muß, so liegt dieser Entscheidung der hier angenommene Fall zum Grunde.

2. Der jüngere Pfandgläubiger hat daher gegen den Besitzer, sey es ein Dritter oder der Schuldner, die uneingeschränkte hypothekarische Klage, freilich dem Rechte des ältern Pfandgläubigers unbeschadet. „Si cum alio possessore creditor secundus agat,“ sagt L. 12. pr. D. Qui pot. in pign. (XX, 4.), nachdem zuvor von dem Falle gehandelt worden ist, wo einer der Pfandgläubiger sich im Besitze befindet und unter ihnen gestritten wird, „recte aget et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei hypothecam.“ Und so wie überhaupt diese

Klage den Besitzer des Pfandes in die Nothwendigkeit versetzt, entweder dasselbe dem Kläger zu überlassen, um auf gesetzlichem Wege daraus seine Befriedigung zu nehmen, oder aber die Schuld abzutragen[7]); so muß dieses auch in dem erwähnten Falle angenommen, jedoch dem Beklagten überlassen werden, wenn er die verpfändete Sache durch Befriedigung des Gläubigers befreien will, die nöthigen Maßregeln zu ergreifen, um nicht wegen der bestehenden Hypothek des ältern Pfandgläubigers, bei einer Unzulänglichkeit des Werths der Sache, sich gefährdet zu sehen.

§. II.

3. Sind die verschiedenen Verpfändungen zu gleicher Zeit geschehen, so kann unter den Gläubigern der aus dem Alter des Pfandrechts hervorgehende Vorzug nicht eintreten, und in dieser Hinsicht sagt L. 20. §. 1. D. de pigner. act. (XIII, 7.) „Si pluribus res simul pignori datur, aequalis omnium caussa est.“ Da jedoch diese Gleichheit des Rechts nur auf den Vorgang bezogen, und nicht von dem Antheile eines jeden Gläubigers an dem Werthe der verpfändeten Sache, auf den Fall dieselbe zu der Gläubiger Befriedigung verkauft werden sollte, verstanden werden kann; so war es nothwendig die Wirkung einer solchen gleichzeitigen Verpfändung näher

---

7) L. 16. §. 3. D. de pignor. et hypoth. (XX, 1.) „Si vero possideat aut pecuniam solvat, aut rem restituat.“ etc.

zu bestimmen. Es ist dieses der Gegenstand nachstehender Gesetzstellen:

L. 10. D. de pignoribus et hypoth. (XX, 1.)

„Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis melioremesse conditionem. Dabitur enim possidenti haec exceptio: si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset. Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli.“ Ferner:

L. 16. §. 8. eodem: „Si duo pariter de hypotheca paciscantur: in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis? quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeat obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim; sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget; si minus, unusquisque pro parte.“ Endlich:

L. 1. §. 1. D. de Salv. Interd. (XLIII, 33.)

„Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent; singuli adversus extraneum Salviano Interdicto recte

experientur. Inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si hoc actum fuerit, ut pro partibus res obligareur, utilis actio et adversus extraneos, et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendent.“

Die Wirkung einer gleichzeitigen Verpfändung derselben Sache an mehrere Gläubiger wird hier nit Unterscheidung der Fälle, ob das Pfandrecht, an der Sache im Ganzen, oder nur zum Theile bestellt sey, und ob es gegen den Schuldner oder fremden Besitzer verfolgt werde, oder aber unter den Pfandgläubigern selbst streitig sey, bestimmt.

Wenn bei einer einzeln, zu verschiedenen Zeiten vorgenommenen Verpfändung, daß das Pfandrecht auf das Ganze der demselben unterworfenen Sache erstreckt, in solidum ertheilt sey, angenommen wird; so soll bei der gleichzeitigen Pfandbestellung vielmehr das, über diesen Punkt von den contrahirenden Theilen beobachtete, Stillschweigen von einer theilweisen Verpfändung gedeutet werden, eine solidarische Hypothekbestellung also nur ausdrücklich geschehen können. Die angeführte L. 16. §. 8. in fine D. de pignor. (XIII, 7.) verordnet dieses in den Worten: „si minus, (scil. si non id actum est, ut in solidum res obligata sit) unusquisque pro parte,“ und indem die beiden andern Gesetzstellen L. 10. D. de pignorib. (XX, 1.) und L. 1. §. 1. D. de Salviano Interd. (XLIII, 33.) annehmen, daß die Solidarität des Pfandrechts in den gegebenen Fällen ausdrücklich be-

dungen sey: „— obligaverit“ und „pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent,“ gehen sie von demselben Grundsatze aus; da sonst die gleichzeitige Verpfändung ohne nähere Bestimmung für hinreichend würde geachtet seyn, um daraus jenes uningeschränkte Pfandrecht abzuleiten. Die Richtigkeit dieser Ansicht geht überdem aus der Natur der Sache hervor. Denn indem in diesem Falle der Vorzug des Alters wegfällt, also ein Eintreten des jüngern Pfandgläubigers nach Befriedigung des ältern bei der Pfandbestellung nicht vorausgesetzt werden konnte, so muß die Gleichheit der Rechte unter den Gläubigern, zumal sie den Verkauf des Pfandes und den seiner Natur nach theilbaren Werth zum endlichen Ziele haben, auf eine angemessene Vertheilung des zugesicherten Rechts führen und diese, in Entstehung andrer Vereinbarung, angenommen werden. Es versteht sich dieses jedoch einzig von der gleichzeitigen Hypothekbestellung, und kann selbst dann nicht angenommen werden, wenn die Zeiten der verschiedenen Verpfändungen nicht genau genug bezeichnet sind, um das Alter derselben gegen einander ersehen zu lassen, so daß sie übrigens als gleichen Alters betrachtet werden müssen; z. B. wenn die Hypotheken, obwol einzeln errichtet, von einem Tage datirt sind. Hat nemlich in einem solchen Falle der jüngere Gläubiger von der kurz zuvor dem andern eingeräumten Hypothek Kunde bekommen, so tritt die Bestimmung der zuvor gedachten L. 15. §. 2. in fine D. de pignorib. et hyp. (XX, 1.) ein; wo nicht, so war ihm das Pfand of-

fenbar im Ganzen zugesichert. Dieses ist es, was L. 16. cit. in den Worten andeutet: „quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim.“ Denn es muß hier besonders der Fall haben berührt werden sollen, wo der Mangel einer nähern Bezeichnung das Alter der verschiedenen Hypotheken unentschieden läßt, da sonst die Sache theils bereits im nächstvorhergehenden Gesetze bestimmt war, theils hier eben von der gleichzeitigen Verpfändung gehandelt wird, bei dieser Gelegenheit aber auch dieser Fall einer, an sich zu verschiedenen Zeiten geschehenen, allein in Ansehung des Vorzugs für gleichzeitig anzunehmenden, Verpfändung erörtert werden mußte. [8])

4. Steht es hiernach fest, daß eine solidarische Verpfändung bei einer gleichzeitig mehreren Gläubigern geschehenen Pfandbestellung nur anzunehmen ist, wo der Vertrag solches ausdrücklich besagt, oder die verschiedenen Hypotheken eigentlich nicht zu derselben Zeit

---

[8]) So versteht *Connanus* Comm. jur. civ. IV, 17. diese Stelle: „Quod vero loquitur quando ipsis eodem die pignus separatim concessum est, sic interpretor, ut non liqueat quis eorum prior sit;“ und unstreitig wird dieselbe hiermit besser gegen die Vorwürfe Anton Faber's Err. Pragm. dec. 21. c. 9. vertheidigt, als wenn man mit *Bachov* de pignorib. L. III. cap. III. §. 3. annimmt, es werde hier von einer zu verschiedenen Zeiten vorgenommenen Pfandbestellung einschaltungsweise gehandelt. Die Worte des Gesetzes „eodem die“ führen auf jene Erklärung. S. auch Westphal Pfandr. §. 153.

bestellt sind, jedoch in Ermangelung einer näheren Zeitbestimmung als gleichen Alters betrachtet werden müssen; so fragt es sich ferner, welches die Wirkung einer solchen, mehreren dem Alter nach nicht unterschiedenen Pfandgläubigern in solidum bestellten, Hypothek ist?

Die Gesetze beantworten diese Frage, je nachdem das Pfandrecht gegen den dritten Besitzer gelten gemacht, oder unter den Pfandgläubigern selbst streitig gemacht ist. Dort, gegen den Besitzer, sey es der Schuldner oder eine dritte Person, hat jeder Gläubiger die Hypothekklage auf den ganzen Gegenstand des Pfandrechts. „Singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur," sagt L. 10. cit. D. de pignorib. (XX, 1.) und die L. 1. §. 1. D. de Salv. Interd. (XLIII, 33.) gesteht in solchem Falle jedem der Gläubiger das Salvianische Interdict ohne Beschränkung zu, wie denn L. 16. § 8. D. de pignorib. (XX, 1.) gleichfalls die Hypothekklage in solidum dann gestattet, wenn die Verpfändung, zwar nicht zugleich, aber unter einer so unbestimmten Zeitbezeichnung geschehen ist, daß unter den Gläubigern das Alter kein Vorrecht begründen kann.

Hat nun auf diesem Wege oder sonst der eine Gläubiger den Besitz der verpfändeten Sache erlangt, und will der andre sein Pfandrecht gelten machen, so soll der Besitz über das Vorrecht unter den Gläubigern entscheiden; inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem conditionem esse," ist die Vorschrift sowol der L. 10. cit. als der hierin

gleichlautenden L. 1. §. 1. cit. Es wird hier der Grundsatz: „in pari caussa possessor potior haberi debet“ L. 128. D. de div. Reg. Jur. (L, 17.) in Anwendung gebracht, und hiermit wirklich ein, dem Vorzuge des Alters in der Wirkung entsprechendes, Vorrecht dem besitzenden Pfandgläubiger eingeräumt, nicht etwa bloß auf die verschiedenen Vortheile gedeutet, die bei einem Rechtsstreite aus dem Besitze der streitigen Sache erwachsen.[9]) Denn wenn gleich der Besitz des Pfandes den jüngern Hypothekgläubiger gegen das Vorrecht des Alters einer früher bestellten Hypothek nicht schützen soll, L. 12. §. ult. D. qui pot. in pign. (XX, 4.) so wird hier gerade aus dem Besitze ein Mittel abgeleitet, den Rangstreit zwischen dem Alter nach völlig gleichen und auf das Ganze des Pfandes berechtigten Gläubigern zu heben, und ein Vorrecht zu begründen. Von einem possessorischen Rechtsmittel ist dabei in L. 10. cit. nicht die Rede, vielmehr von der wirklichen Hypothekklage, der actio Serviana utilis, und indem das Pfandrecht der concurrirenden Gläubiger als ausgemacht angenommen wird, kann des Besitzes hier nicht in Hinsicht der Beweislast, oder der Verpflichtung, zur Angabe des Rechtsgrundes, gedacht seyn. Handelt dagegen die L. 1. §. 1. cit. vom Salvianischen Interdicte, so deuten daselbst die Worte: „possidentis conditio melior erit,“ nur an, daß der Besitz des einen Gläubigers

---

9) *Voet* Comm. ad Pand. XX, 4, 8. ist dieser Meinung, ohne sie jedoch näher zu begründen.

den Gebrauch des Interdicts ausschließe, indem dasselbe direct einzig gegen den Pächter, utiliter aber gegen den dritten Besitzer[10]), also niemals gegen einen Mitpfandgläubiger zusteht. Endlich ist L. 2. D. de Salviano Interd. (XLIII, 33.) [11]) von dem Falle zu verstehen, wo das Alter der verschiedenen Hypotheken erst durch die eigentliche Hypothekklage und eben damit der Vorzug unter den Gläubigern ausgemacht werden soll; wo denn der Kläger, sobald er kein besseres Recht darthut, schon deshalb dem Besitzer nachstehen muß. Es findet diese Ansicht eine Unterstützung in der Verordnung der L. 14. D. Qui potior. in pign. (XX, 4.) „si a diversis non dominis pignus accipiamus possessor melior.“ Denn obwol daselbst überall nur ein Pfandnexus gegen den Schuldner besteht[12]), so wird doch die Analogie des in L. 15. C. de rei vindic. (III, 32.) aufgestellten Grundsatzes[13]) angewendet und, daß der Vorzug, welcher aus dem Besitze abgeleitet wird, auf das Pfandrecht

---

10) *Cuiacius*, Observ. V, 24. *Lauterbach* Coll. XLIII, 33, 6.

11) „In Salviano Interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint invecta, possessor vincet, et erit eis descendendum ad Servianum iudicium.“

12) Bekanntlich kann nur res propria gültig verhypothecirt werden, und es wird sonst nicht ein dingliches Recht, sondern nur ein Anspruch gegen den Schuldner erworben. L. 15. §. 1. D. de pignor. et hyp. (XX, 1.) *Voet* Comm. XX, 4. 7.

13) „Quoties duobus in solidum praedium distrahitur, manifesti iuris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.“

selbst gehe, eben dadurch angedeutet, indem in diesem Gesetze der Vorzug nicht auf die sogenannten beatitudines possessoris, sondern ausdrücklich auf das Eigenthum bezogen worden ist.

5. Ist bei einer gleichzeitigen Pfandbestellung keine Solidarität ausdrücklich begründet, und also eine theilweise Verpfändung anzunehmen, so entsteht die Frage: nach welchem Verhältnisse die Gläubiger hier Antheil an der Hypothek haben?

Die Gesetze scheinen über diesen Punkt nicht übereinzustimmen. Die L. 20. §. 1. D. de pignor. actione (XIII, 7.) läßt die Frage unentschieden, indem die Worte: „aequalis omnium caussa est," sowol von einer nach der Kopfzahl der Pfandgläubiger bestimmten, als von einer der Größe der einzelnen Forderungen angemessenen Theilnahme verstanden werden können, und eigentlich nur ausdrücken sollen, daß hier kein Vorzug, wie der des Alters bei mehreren zu verschiedenen Zeiten bestellten Hypotheken, eintrete. Dagegen sagt L. 10. D. de pignorib. (XX, 1.) indem von zwei Pfandgläubigern gehandelt wird, utilem actionem, (scil. Servianam) competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli; und L. 16. §. 8. eod. entscheidet sich für das Gegentheil: „utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis? quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeat obligatum." So widersprechend diese beiden Gesetzstellen scheinen, so leuchtet doch ein,

daß nur die letzte die Frage zur Untersuchung bringt und entscheidet, die erste hingegen sich bloß mit Bestimmung der Wirkung einer gleichzeitigen Verpfändung, je nachdem entweder eine Hypothek in solidum, oder theilweise bestellt ist, beschäftigt und dabei die Theilnahme der Gläubiger im letzten Falle als ausgemacht, oder doch nicht streitig voraussetzt. Hiernach muß die Entscheidung allein aus der L. 16. §. 8. cit. genommen werden, nach welcher die Antheile der Gläubiger an der bestellten Hypothek nach dem Verhältnisse ihrer Forderungen sich bestimmen sollen, und, um beide Stellen zu vereinigen, kann man annehmen, daß Ulpian in L. 10. cit. sich die Forderungen beider Gläubiger als gleich groß gedacht habe, woraus denn die gleichmäßige Theilnahme für einen Jeden zur Hälfte selbst nach dem Grundsatze der L. 16. §. 8. cit. folgen würde. Die L. 1. §. 1. D. de Salviano Interd. unterstützt diese Deutung, indem sie sich beinahe derselben Worte, wie L. 10. cit. bedient und dabei einen Fall voraussetzt, wo die Rechte beider Gläubiger auch der Summe nach gleich sind, nemlich bei der Verpachtung eines zweien Eigenthümern gemeinschaftlich, also im Zweifel zu gleichen Antheilen, zustehenden Grundstückes. Die Bestimmung der L. 16. §. 8. cit. ist auch der Sache offenbar am angemessensten; denn da der Zweck der Verpfändung die Sicherstellung einer Schuld ist, so kann das Verhältniß mehrer Gläubiger, in Entstehung einer besondern Vereinbarung, nicht wol anders als in Beziehung auf eines Jeden derselben Forderung bestimmt wer-

den. Der Vertrag, daß den Gläubigern die Sache theilweise, pro partibus, verpfändet seyn solle, ohne die Theile näher zu bestimmen, kann seiner Natur nach nicht anders, wie das Stillschweigen über diesen Punkt gedeutet werden, nachdem das Gesetz vorschreibt, daß bei diesem Stillschweigen eine theilweise Pfandbestellung anzunehmen sey; wie denn L. 16. §. 8. cit. auch, ohne hierin zu unterscheiden, die solidarische Verpfändung allein der Pfandbestellung ohne diese Bestimmung entgegenstellt: „si minus, unusquisque pro parte.“ [14])

Es ist also eine theilweise Verpfändung in solchem Falle, und zwar nach Verhältniß eines jeden Gläubigers Forderung anzunehmen, und in diesem Maße jedem derselben die Hypothekklage zu gestatten. Da nun hiernach ein jeder Gläubiger seinen bestimmten Antheil am Pfande hat, so findet auch kein Unterschied Statt, die Hypothekklage mag gegen den dritten Inhaber, den Schuldner, oder den besitzenden Pfandgläubiger erhoben werden; denn auch dieser ist,

---

14) *Bachov* de pignorib. III, 3. 2. und *Malblanc* princ. jur. rom. §. 575. behaupten ohne hinreichende Gründe, daß jener Vertrag, die Hypothek sei jedem Gläubiger zum Theil bestellt, so verstanden werden müsse, daß sodann völlig gleiche Theile bedungen wären, also unter zweien jedem die Hälfte, und suchen hierdurch die erwähnten Gesetzstellen zu vereinigen. Westphal, Pfandr. §. 153. hat hierüber völlig unhaltbare Ansichten. Für die hier angenommene Meinung erklären sich *Voet* Comm. ad Pand. l. c. und *Pufendorf* Obs. Jur. Un. IV, 114.

in Ansehung des dem Kläger zustehenden Antheils, als dritter Besitzer zu betrachten.

Daß der ganze Betrag der verpfändeten Sache nach Verhältniß der versicherten Schuldsummen der Hypothek unterworfen ist, mithin, wenn die Forderungen z. B. 1000 und 500 und 250 Rthlr. ausmachen, die erste zu $^4/_7$, die zweite zu $^2/_7$, endlich die dritte zu $^1/_7$ Theil an der Hypothek nimmt; folgt aus der Natur der Sache und dem Sinne des Ausdrucks pro partibus.[15]) Ist dieses, so muß man weiter annehmen, daß die hieraus hervorgehende Bestimmung der verschiedenen Theile unwandelbar besteht, und keine Veränderung erleidet, wenngleich nach der Pfandbestellung und vor erhobener Klage einer der Gläubiger abschläglichen Abtrag erhalten haben, seine Schuld also jetzt in einem veränderten Verhältnisse zu den Forderungen der andern Gläubiger stehen sollte. Nur jenes ursprüngliche, nicht dieses neuere Verhältniß kann eines Jeden Theilnahme an der Hypothek bestimmen[16]); wie denn überhaupt ein einmal begründetes Pfandrecht ungemindert bis zur völligen Berichtigung der Schuld besteht.[17])

---

15) *Bachov* l. c. und Westphal a. a. O. haben dieses ausführlich gegen die seltsamen Behauptungen des *Faber* in error. pragm. vertheidigt.

16) *Pufendorf* l. c.

17) L. 7. §. 2. D. de pigner. act. (XIII, 7.) L. 6. C. de distr. pignor. (VIII, 28.) und L. 1. pr. D. Qui pot. in pign. (XX, 4.) „Non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis.“

III.

Verträge zwischen dem Sachwalt und seinem Clienten. Sinn der L. 6. §. 2. C. de postulando (II, 6.)

Nach römischen Sitten war es mit dem Verhältnisse des Sachwaltes zu seinem Clienten ursprünglich im Widerspruche, die Bemühungen des ersten als einen Gegenstand pecuniärer Vergeltung zu betrachten. Allein bald mußte der Gesetzgeber der Veränderung nachgeben, welche in den gesellschaftlichen Verhältnissen eingetreten waren; und seitdem bemühete man sich, die Belohnung der Sachwalter zu bestimmen und die Parteien gegen derselben Eigennutz sicher zu stellen. [1]) Man verbot in

---

1) *Tacitus*, annal. L. XI, c. 5. et 7. hat den Inhalt der L. Cincia uns aufbewahrt: „ne quis, ob causam orandam, pecuniam donumve accipiat," und erzählt zugleich die Veranlassung der, unter Kaiser Claudius mit der Gesetzgebung über diesen Gegenstand eingetretenen Veränderung. S. auch *Pli-*

dieser Hinsicht das Palmarium, sofern es vor Beendigung des Rechtsstreits ausbedungen seyn sollte, und das Pactum de quota litis. Wegen der, hinsichtlich des ersten aufgeworfenen Streitfrage verweise ich auf die bekannten Schriftsteller.[2]) Das Verbot des letzten hingegen ist durch wiederholte Verordnungeu außer Zweifel gesetzt.[3])

Ist aber überdem noch dem Sachwalt ein jeder Vertrag mit seinem Clienten untersagt? und geht namentlich ein solches Verbot aus L. 6. §. 2. C. de postulando (II, 6.) hervor?

Diese Frage verdient wol näher geprüft zu werden.

Die Worte des Gesetzes scheinen die bejahende Meinung zu begründen, indem sie allgemein lauten:

„Praeterea nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recipit fidem, ineat advocatus; nullam conferat pactionem.“

Auch tragen mehrere Schriftsteller kein Bedenken,

---

nius Epist. V, 21. und L. 1, §. 12. D. de extraord. cognit. (L, 13.) *Schorch*, D. de palmario advocatorum licito §. 5. (in opusc. Erford. 1791).

2) Glück Comm. Th. V. S. 121. hat die Literatur gesammelt. S. auch Hufeland Lehrb. d. Civ. R. §. 1509.

3) L. 53. D. de pact. (II, 14.) L. 1, §. 12. D. de extraord. cognit. (L, 13.) L. 5. C. de postulando (II, 6.) L. 15. C. de procurat. (II, 13.)

sie wörtlich und allgemein auszulegen.[4]) Allein diese Meinung ist irrig, wie sie denn schon darum Verdacht erwecken muß, daß die Gesetze doch selbst wegen eines Ehrengeldes, honorarium, Verträge zulassen, also das gedachte Verbot in seiner Allgemeinheit nicht bestehen kann.

Die ganze L. 6. C. de postulando (II, 6.), welche nur dem Eingange nach von den in der Ueberschrift benannten Kaisern sich herschreibt und durch häufige Interpollationen völlig entstellt ist[5]), giebt vermöge dieser Zusätze gleichsam einen Inbegriff der, über die Obliegenheiten der Sachwalter bestehenden, Gesetzgebung, in einer Reihe der einzelnen Verordnungen im Auszuge zusammengetragen. Unter diesen einzelnen Bestimmungen findet sich jenes Verbot des §. 2. cit. und da es allein der Verträge des Sachwalters mit seinem Clienten gedenkt, von dem Verbote des Palmarium und des Pactum de quota litis aber nirgend weiter gehandelt wird, eine zu wichtige Vorschrift, als daß sie hier hätte übergangen werden können; so muß man annehmen, der erwähnte §. 2. beziehe sich eben auf diese beiden Arten der unter solchen Verhältnissen denkbaren Verträge. Und dieses ist gewiß die natürlichste Art jene Stelle auszulegen. Jeden Verkehr unter Sachwalt und Clienten

---

4) *Perez* Comm. ad Cod. L. II, Tit. 6, §. 6. *Brunnemann* Comm. ad L. cit. §. 9. *Cocceji* Jus Contr. L. III, Tit. 1, Qu. 8.

5) *Gothofredus* in Cod. Theodos. ad L. 2. C. Theod. de postulando.

zu untersagen, dazu war eine solche kurze Zusammenstellung bestehender Rechte nicht geeignet, da ein Verbot dieser Art eine neue Vorschrift enthalten haben würde; und Justinian, von dem diese Einschaltung sich herschreibt, hätte gewiß, wäre seine Absicht dahin gegangen, seine neue Verordnung mit dem ihm eigenen Wortprunk auszusteuern nicht unterlassen. Die allgemein lautende Fassung des §. 2. erklärt sich aus der Kürze einer solchen Zusammenstellung, wo es auf gedrängte Wiederholung und eine bloße Andeutung genugsam bekannter Vorschriften ankam, und eine Mißdeutung den Umständen nach nicht zu befürchten stand. Diese Auslegung wird denn auch durch die Umschreibung dieser Stelle in den Basiliken unterstützt. Hier, Leunclavii Synopsis Basilicorum Lib. 8. Tit. 1. cap. 18. heißt jene Verordnung in der lateinischen Uebersetzung:

„Ne pactum quidem, neque contractum de lite, vel de mercede cum confugiente suum ad patrocinium causidicus faciat.“

Also bloß vom Vertrage über einen Theil des zu erstreitenden Gegenstandes, pactum de lite, oder über die Belohnung, soweit sie übermäßig oder auf den Fall des Sieges bedungen würde, pactum de mercede, verstand man schon damals jene Gesetzstelle. Und hierauf muß man denn dieselbe in ihrer Anwendung beschränken; wie es wirklich von der Mehrzahl der Rechtslehrer und Schriftsteller geschiehet, indem sie solche nur für jenes besondere Verbot neben den andern, darüber ergangenen, Gesetzen anführen, eines allgemeinen Verbotes allen Verkehrs zwischen Sachwalter und Clienten aber

nirgend erwähnen. [6]) Es wird aber jeder Vertrag über den Gegenstand des Rechtsstreits nach diesem Gesetze beurtheilt werden müssen. Denn abgesehen davon, daß die aus den Basiliken angeführte Umschreibung durch den allgemeinen Ausdruck: pactum de lite, dahin zu deuten seyn möchte, so würde ein solcher Vertrag, sey es Kauf, Pacht, Leibrente o. d. m. leicht zum Schleier einer der ausdrücklich verbotenen Vereinbarungen dienen, auch eine redemptio litis enthalten, die wiederum an sich verboten ist [7]), indem man sie dem palmarium und dem pactum de quota litis gleichstellt, und jenen Ausdruck zugleich für diese Verträge gebraucht.

---

[6]) Z. B. Hufeland Lehrb. d. Civ. R. §. 1504 flg. Thibaut Syst. §. 1093. Glück Comm. V, S. 110 flg. Martin Proz. §. 71. flg. *Schorch* Diss. cit. §. 8.

[7]) L. 15. C. de procurator. (II, 13.) L. 7, in f. D. mandati (XVII, 1.) L. 1. C. Ne liceat potent. (II, 14.) *Cuiacius* Obs. et Emend. VIII, 31.

IV.

Ist die gesetzliche Hypothek Desjenigen, welcher zur Herstellung eines Hauses geliehen, (in restitutionem aedium) auf den Fall eines wirklichen Darlehns beschränkt?

Bekanntlich ist diese Frage sehr bestritten und haben sich sowol für die bejahende Meinung, als für die verneinende mehrere der berühmtesten Rechtsgelehrten erklärt.

Für jene, die bejahende Meinung führt besonders G. L. Böhmer, welcher diese Streitfrage mit der ihm eigenthümlichen Gelehrsamkeit und Klarheit erörtert hat[1]), an: daß die Gesetzstellen, worauf die gesetzliche Hypothek Desjenigen, welcher zur Herstellung eines Ge-

---

[1]) Electa iuris civilis, exercit. XII. (T. I. p. 377 seq.) S. auch Dabelow Conc. der Gläub. §. 233.

bäudes geliehen hat, sich gründet [2]), ausdrücklich von baarem Gelde und einem Darlehne redeten, und daher, obwol eine Schuld auch aus andern Leistungen allerdings entstehen könnte, nur von dem Falle eines eigentlichen Darlehnvertrages zu verstehen wären.

Daß ferner ein langer Vorschuß von Seiten der Handwerker gewöhnlich nicht zu erwarten sey, der Gesetzgeber mithin seinen Zweck, das Verfallen der Gebäude Rom's abzuwenden, am sichersten durch Begünstigung der Darlehne zur Herstellung derselben habe erreichen können.

Daß endlich hier, wo eine ausnahmweise gegebene Begünstigung vorliege, ausdehnende Erklärungen der Gesetze selbst dann unzuläßig seyn, wenn auch übrigens in einem andern Falle der Grund des Gesetzes ebenmäßig zutreffen sollte.

Die verneinende Meinung hingegen, vermöge deren ein Jeder des erwähnten Pfandrechts theilhaftig wird, welcher zu der Herstellung eines Gebäudes irgend einen Vorschuß geleistet hat, namentlich die Handwerker in Ansehung ihrer Arbeiten und des gelieferten Materials,

---

2) L. 24. §. 1. D. de rebus auct. iud. poss. (XLII, 5.) „— creditor qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit, quod ad eum quoque pertinet, qui redemtori domino mandante pec niam subministravit." L. 1. D. in qub. caus. pign. (XX, 2.) „Senatusconsulto, — pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante nummos ministravit."

findet sich vorzüglich von Westenberg [3]), Pufendorf [4]) und Lauterbach [5]) vertheidigt. Sie gründet sich

in der umfassenden, nicht auf den Begriff des baaren Geldes beschränkten, Bedeutung sowol des Wortes pecunia [6]), als des Ausdrucks creditum [7]);

in der völligen Gleichheit des der gesetzlichen Bestimmung unterliegenden Grundes, da der Zweck des Gesetzgebers sowol durch baare Vorschüsse, als geliehene Materialien und geleistete Arbeit erreicht werde;

endlich in der L. 52. §. 10. D. pro Socio (XVII, 2).

Der an sich umfassende Sinn der Ausdrücke, pecunia und creditum, findet sich jedoch in den angeführten Gesetzen durch bezeichnende Zusätze näher bestimmt. Es heißt nemlich daselbst: qui pecuniam — mutuam dedit uud creditor — in pecunia, quae credita, und hiernach möchte es nicht zu bezweifeln seyn, daß beide Stellen ein baares Darlehn voraussetzen. Dieses und die richtige Bemerkung, daß die gesetzliche Verordnung, weil sie eine Begünstigung, ein Vorrecht einführt, nicht über die Worte ihrer Verfügung hinaus in Anwendung gebracht werden dürfe, scheint den Gründen für die beschränkende Auslegung, der bejahenden Meinung, das

---

3) Divus Marcus, diss. 41. §. 4.

4) Observ. iur. univ. II. 170.

5) Coll. th. pract. XX. 2. 69.

6) L. 5. 178 et 222. D. de Verb. Sign. (L, 17.). L. 2. C. de const. pecun. (IV, 18.).

7) L. I, 2. §. 3. D. de reb. cred. (XII, 1.).

Uebergewicht zu geben. Allein die Vertheidiger dieser Ansicht haben das aus L. 52. §. 10. D. pro Socio (XVII, 2.) ihnen entgegengesetzte Argument unwiderlegt gelassen, welches unstreitig eine nähere Erwägung verdient.

In dieser Gesetzstelle wird von der Zuständigkeit eines Socius gehandelt, welcher ein der Gesellschaft gehöriges Haus aus eignen Mitteln wieder hergestellt hat, und seine Auslage zu den Antheilen seiner Mitgesellschafter beitreiben will. Drei Wege werden demselben zu diesem Ende gezeigt. Entweder kann er den, auf den Gesellschafter fallenden, Theil der Baukosten mit den vorgeschriebenen Zinsen gegen diesen einklagen; in welchem Falle ihm ein Vorzugsrecht zugestanden wird. Oder er hat, falls die Erstattung nicht binnen vier Monaten erfolgt ist, das Recht, das bisher gemeinschaftliche Haus als sein alleiniges Eigenthum, an Zahlungsstatt, zu behalten. Oder endlich, es steht ihm die gewöhnliche Gesellschaftsklage zu. Zugleich wird in Ansehung jener Bestimmungen auf die oratio Divi Marci hingewiesen [s]).

---

s) Die Worte des Gesetzes sind: „Idem (sc. Papinianus) respondit: Socius, qui cessantis, cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum certis usuris intra quatuor menses postquam opus refectum erit, recipere potest, exigendoque privilegio utetur, aut deinceps propriam rem habebit; potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur, quod sua intererat. Finge enim, malle eum magis suum consequi, quam dominium insulae, oratio enim D. Marci idcirco quatuor mensibus finit usuras, quia post quatuor dominium dedit.“ Vergl. L. 4. C. de aedificiis privatis (VIII, 10.).

Es ergiebt sich hieraus, daß der Inhalt dieses kaiserlichen Edicts keinesweges in den anfänglich angeführten Gesetzstellen vollständig beigebracht worden ist, er vielmehr von einem weitern Umfange, und nicht auf die Ertheilung eines gesetzlichen Pfandrechts für denjenigen beschränkt war, welcher zur Herstellung eines Hauses ein Darlehn gegeben hat. Jene Verordnung muß im Gegentheil mehrere Bestimmungen enthalten haben, die den Verfall der Gebäude in der Hauptstadt des römischen Reichs abzuwenden bezweckten, und die bemerkten Gesetze geben uns bloß Andeutungen der daselbst aufgestellt gewesenen Grundsätze in Hinsicht besonderer, den Rechtsgelehrten vorgelegter, Fälle. Wenn einmal bemerkt wird, daß der Darleiher einer Geldsumme zu dem gedachten Zwecke das gesetzliche Pfandrecht und Vorzugsrecht, kraft des erwähnten Edicts, habe; so wird ein anderes Mal dasselbe Recht, wiewol unter gewissen nähern Bestimmungen, dem Socius in Gemäßheit desselben Edicts beigemessen, welcher das gemeinschaftliche Haus aus eigenem Vermögen hergestellt hat, ohne deshalb mit seinen Gesellschaftern einen Darlehnsvertrag eingegangen zu haben. Da es uns also an einer vollständigen Kenntniß der gedachten kaiserlichen Verordnung fehlt, und keiner der ihrer gedenkenden Gesetzstellen ihre Bestimmung mit ihren eigenen Worten und dem ganzen Umfange nach wiedergiebt, so können wir den Grundsatz von der einschränkenden Erklärung eines, eine Ausnahme von der Regel begründenden, Gesetzes bei keiner einzigen jener Stellen anwenden. Von der Auslegung eines nicht vorhandenen Gesetzes kann nemlich

nicht die Rede seyn; und wenn man aus einzelnen, in Beziehung auf gewisse Rechtsfälle gegebenen, Andeutungen den eigentlichen Inhalt jener Verordnung herstellen will, so ist es nicht allein erlaubt, sondern nöthig, nach dem Grunde der gesetzlichen Bestimmung auf den Umfang ihres Gegenstandes zu schließen. Wir müssen also nach der angeführten L. 52. §. 10. D. pro socio (XVII, 2.) annehmen, daß jenes Edict das gesetzliche Pfandrecht nicht einzig in dem Falle eines Darlehns, sondern für jeden, zur Herstellung eines Hauses gegebenen Credit ertheilt habe. Denn in beiden Fällen tritt der Grund des Gesetzes ein, und die Novella 97, cap. 3. unterstützt diese Erklärung, wiewol sie des erwähnten gesetzlichen Pfandrechts nur beziehungsweise gedenkt, indem sie dasselbe überhaupt bei Jedem annimmt, der den Bau des Hauses besorgt hat [9]).

Ueberdem ist es ein allgemein angenommener Grundsatz, daß Leistungen aller Art, auch durch Arbeiten, die Stelle baaren Zuschusses ersetzen; daher bei dem Gesellschaftsvertrage der Eine den Beitrag in Gelde, der Andre aber durch Arbeit wirksam leistet [10]). Es muß also

---

[9]) Die Worte der Novelle sind: „Novimus et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponere iuniores exsistentes, ex privilegiis a legibus datis: quale est quando quis propriis pecuniis procuraverit — aut domum forsan aedificare.“

[10]) L. 52. §. 2. D. pro Socio (XVII, 2.). Thibaut Syst. §. 878. Hufeland Lehrb. d. Civil-R. §. 529.

angenommen werden,

daß das gesetzliche und vorzügliche Pfandrecht der L. 1. D. in quib. caus. pign. nicht nur dem Darleiher baaren Geldes, sondern zum Besten jeder, zur Herstellung eines Hauses geleisteten Beihülfe, namentlich auch den Handwerkern zustehe.

V.

Sind wegen des Kostenpunkts allein, zumal devolutive, Rechtsmittel zulässig? L. ult. C. Quando provoc. non est necesse (VII, 64.).

Das römische Recht macht dem Richter zur Pflicht, über den Kostenpunkt zugleich mit der Hauptsache zu entscheiden, und giebt der Partei, welcher der Kostenersatz gebührt, sogar einen Anspruch wider den Richter, wenn dieser solchen ihr zuzusprechen unterlassen haben sollte [1]). Es liegt hierin nur eine Strafe für den saumseligen Richter, wie die Worte des Gesetzes ergeben; nicht aber wird dieses Klagrecht der Partei, als ein Er-

---

[1]) L. 13. §. 6. C. de iudic. (III, 1.) „— omnes iudices — sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum, — non ignorantes, quod, si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huiusmodi poenae subiacebunt, et reddere eam parti laesae coarctabuntur.

satz für ihren Anspruch an den unterliegenden Gegner so gegeben, daß damit zugleich angedeutet würde, es sey wegen der im Urtheil übergangenen oder aberkannten Kostenerstattung kein andrer Ausweg vorhanden, die Rechtskraft desselben durch kein Rechtsmittel abzuwenden. Denn wenn gleich ein andres Gesetz [2]) ausdrücklich vorschreibt, daß der Kosten wegen, nachdem die Hauptsache endlich entschieden ist, kein besondrer Rechtsstreit zu gestatten sey; so schließt diese Verordnung die Rechtsmittel in dieser Hinsicht um so weniger aus, als eben die Beendigung einer Rechtssache nicht angenommen werden kann, so lange dieselben nicht erledigt sind. Auch unterstützt ein, wegen der Zinsen gegebenes Gesetz [3]), dessen analogische Anwendbarkeit nicht zu bezweifeln steht, da auch Zinsen nur in Verbindung mit dem Hauptstuhle eingeklagt werden können, diese Ansicht; indem

---

[2]) L. 3. C. de fructib. et lit. expens. (VII, 51.) „Terminato, transactoque negotio posthac nulli actio, neque ex rescripto super sumtuum petitione praestetur, nisi iudex qui de principali negotio sententiam promulgavit, cominus partibus constitutis, juridica pronunciatione significaverit: victorí causae restitui debere, aut super his querelam iure competere. Post absolutum enim dimissumque iudicium nefas est, litem alteram consurgere ex litis primae materia.“ Die Worte: aut super his querelam iure competere, deutet auf einen ausdrücklichen Vorbehalt des Anspruchs wegen der Kostenerstattung, oder auf eine Aussetzung des Verfahrens über deren Liquidität.

[3]) L. 13. C. de usuris (IV, 32.). „— Si finitum est iudicium sententia, — non adiectis usuris, nec provocatio secuta est, finita retractanda non sunt —.“

es einem Urtheil, welches die Zinsen übergangen hat, die Wirkung, dieselben stillschweigend aberkannt zu haben, nur in soweit beilegt, als dagegen ein Rechtsmittel nicht ist ergriffen worden.

Freilich hatte der obsiegende Theil, falls die ihm zu erstattenden Kosten übergangen, oder gar ihm aberkannt waren, deshalb ein Rechtsmittel einzuwenden gewöhnlich keine Veranlassung. Denn sein unterliegender Gegner bestritt in der Regel die in der Hauptsache erfolgte Entscheidung, und dann bedurfte er selbst keines Rechtsmittels, da er der Berufung des Gegners ohnehin theilhaftig ward. Er konnte ihr nemlich, wie wir jetzt es ausdrücken, adhäriren, und selbst, wenn er dieses versäumte, der richterlichen Hülfe gewärtig seyn, die von amtswegen sein Recht wahrnehmen und auch ungebeten abstellen mußte, was in erster Instanz unrecht erkannt oder unterlassen war [4]). Dieses und die damals allgemein gefaßte Ansicht, daß eine Berufung für den ersten Richter eine Beleidigung enthalte, bestimmte den Gesetz-

---

[4]) L. 39. pr. C. de appellat. (VII, 62.) „Sancimus itaque, si appellator semel in iudicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium si quid iudicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere et iudiciale mereri praesidium. Sin autem absens fuerit, nihilominus iudicem per suum vigorem eius partes adimplere.“ Daß die hier dem Richter auferlegte Pflicht sich bloß auf den Punkt beschränkt, welcher durch die Appellation seiner Entscheidung unterworfen ist, folgt aus den Grundsätzen. S. Martin Lehrb. d. Proz. §. 265 und die daselbst Note b) und d) angef. Schriftsteller.

geber, sogar die ausdrückliche Adhäsion bloß der Kosten wegen dem in erster Instanz obsiegenden Theile zu untersagen. Nicht etwa, weil des Kostenpunkts wegen kein Rechtsmittel zulässig sey, sondern weil die Obliegenheit des Richters zweiter Instanz, einen in solcher Hinsicht begangenen Verstoß von amtswegen abzustellen, die Adhäsion unnöthig machte. Hierauf, nemlich auf den Fall, wo der Unterliegende appellirt hatte, beschränkt sich aber das Verbot der Berufung für den Sieger, wie die Fassung des hier eingerückten Gesetzes ergiebt. L. ult. C. quando provocare non est necesse (VII, 64.). „Omnem honorem salvum judicibus reservantes, si quando una pars, quasi laesa per definitivam eorum sententiam, provocatione usa fuerit, interdicimus alteri parti, quae vicit, pro hoc tantummodo quod nihil capere pro sumptibus litis vel detrimentis, vel minus quam opportuerat iussa est, provocationem offerre; cum et ipsa decisionem litis recte factam esse confiteatur; Judicibus scilicet, sive florentissimis proceribus sacri nostri palatii, sive his quibus pro minore litium aestimatione consultationes delegantur, si perspexerint adjuvandum esse victorem sumptuum perceptione, etiam sine provocatione eius, hoc statuentibus, et iustam eorundem sumptuum quantitatem definientibus. Sed nec occasione consultationis introducendae victori provocare concedimus, cum et priscis legibus liceat ei et sine provocationis auxilio eandem consultationem differente suo adversario introducere, et nos ei nihilominus hoc permittimus, iniuriam ex supervacua provocatione iudicibus fieri prohibentes.“

Kein allgemeines Verbot der Appellation hinsichtlich des Kostenpunkts ist hier zu finden. Vielmehr folgt, so wie daraus, daß das Verbot bloß für den Fall einer vom Gegner ergriffenen Appellation ertheilt ist, so auch aus dem angeführten Grunde, daß nemlich der Appellationsrichter von amtswegen die Rechte des Appellaten wahrnehmen müsse, die Zulässigkeit des Rechtsmittels in dem andern Falle, wo dieser Grund nicht zutrifft, das heißt, wo der Gegner nicht appellirt hat, die Sache mithin durch denselben nicht einer nochmaligen Entscheidung unterworfen ist. Denn das Gesetz würde sonst mit sich im Widerspruche stehen, wenn es der Partei dort ohne ihr Zuthun Hülfe gewährte, und sie derselben hier abschnitte, wo von ihr die gesetzmäßigen Wege deshalb eingeschlagen worden [5]). Uebrigens bezieht sich der Schluß des Gesetzes auf die Betreibung der Sachverhandlung in der Instanz. Ist auch, verordnet das vorgedachte Gesetz, dem obsiegenden Theile der vom Gegentheile ergriffenen Appellation der Kosten wegen beizutreten untersagt, so steht ihm doch frei, den Fortgang der Verhandlung zu betreiben und in solcher Hinsicht den Richter anzugehen [6]).

---

[5]) *Brunnemann* Com. in Cod. ad h. L. sagt daher: „— sequitur, si victus non appellet, tunc necesse esse ut victor appellet, si expensas recuperare velit.“ Desgleichen *Perez* Com. in Cod. L. VII, Tit. 64, §. 6. „Quod si autem pars victa non appellaverit, integrum est vincenti, ab omissa expensarum condemnatione appellare, uti et si minor expensarum, quam par sit, habita sit ratio.“

[6]) Es spricht das Gesetz eigentlich von der, durch die judices

Die deutschen Reichsgesetze haben, vielleicht nach einer irrigen Auslegung der erwähnten Verordnung Justinians, und um die Appellation zu beschränken, den Grundsatz aufgestellt: daß bei Berechnung der Appellationssumme die Kosten nicht in Ansatz kommen sollen [7]). Da jedoch dieses nur in Beziehung auf die Berufung an die vormaligen Reichsgerichte verordnet ist, und überdem ein Verbot der Appellation in Ansehung des Kostenpunkts nicht einmal ausdrückt, so leidet es keinen Zweifel, daß in Deutschland, in Ermangelung besondrer Provinzialgesetze, bloß wegen der Kosten nicht nur Rechtsmittel überhaupt, sondern auch besonders Devolutivmittel zugelassen werden müssen, und in dieser Hinsicht keine andre Beschränkung anzunehmen sey, als diejenige, welche aus jenem römischen Gesetze hervorgeht [8]).

---

beim praeses einzuholenden, Entscheidung in zweifelhaften Fällen. Vergl. L. 79, §. 1. D. de iudiciis (V, 1.).

[7]) Reichsabsch. von 1654, Art. 112. Dasselbe ist auch in der Celleschen Oberappellat. Ger. Ordn. Th. II, Tit. 2, §. 1 und in den bekannten Appellationsprivilegien des Hauses Braunschweig vom 24sten Novbr. 1648 verordnet. Hiervon war derselbe Grundsatz in die Bestimmung über die Appellationen von den Untergerichten an die Justizkanzleien und Hofgerichte, auch Regierungen der Staaten dieses Hauses übergegangen. Allein in der neuen Herzogl. Braunschweigischen Verordnung vom 15ten Januar 1814, §. 2, 1) und §. 3, und vom 3ten Febr. 1814, §. 9, ist man hiervon abgegangen, und bezieht die Appellationssumme überhaupt und ohne Einschränkung auf dasjenige, was der Partei an ihren Ansprüchen aberkannt worden ist.

[8]) S. Hufeland Lehrb. d. Civ.R. §. 2105.

VI.

Beiträge zur Lehre von den letztwilligen Verfügungen der Eltern unter ihren Kindern.

I. Geschichte der Gesetzgebung bis Justinian.

1. Anfänglich war dem Vater allein das Recht zugestanden, unter seinen Kindern eine Vertheilung seines Vermögens vorzunehmen. Es ward diese Befugniß als ein Ausfluß der väterlichen Gewalt betrachtet, und nur da gestattet, wo diese eintrat. Der Hausvater fand sich bei der Ausübung dieses Rechts an keine Form gebunden; seine Verfügung galt als ein Befehl, und verpflichtete die seiner Gewalt unterworfenen Kinder, sie mochte nun schriftlich, oder mündlich, oder auch durch Zeichen erklärt seyn. „Si pater in filios, sine scriptura, bona divisit," sagt L. 20. § 3. D. famil. ercisc. (X, 3.), und „qualicunque iudicio suam indicaverit voluntatem" L. 21. C. eod. tit. (III, 36.).

Eine solche Vertheilung ward als eine Handlung unter Lebenden, gleichsam als ein Vertrag, angesehen

und mit den Schenkungen in einiger Hinsicht verglichen. L. 20. §. D. l. c. drückt sich hierüber so aus: „— non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem Papinianus ait. Plane inquit, si creditores eos (filios) pro portionibus hereditariis conveniant, et unus placita (sc. patris) detrectet, posse cum eo (sc. a fratribus coheredibus) praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint,—“ Der theilende Hausvater verrichtete zum voraus das Geschäft des bei Erbsonderungen hinzuzuziehenden arbitri dividendae hereditatis, mit dem Unterschiede jedoch, daß eine von einem solchen, im iudicio familiae erciscundae vorgenommene, Auseinandersetzung, hinsichtlich der etwa unvertheilt gebliebenen Stücke des Nachlasses, nur das iudicium communi dividundo zuläßt; hingegen die Vertheilung des Vaters, eben weil sie als Handlung unter Lebenden kein Erbrecht begründet, der eigentlichen Erbtheilung, sofern etwas ungetheilt gelassen werden sollte, nicht vorgreifen kann. Hierin liegt zugleich der wesentliche Unterschied zwischen einer elterlichen Theilung und einer testamentarischen Verfügung oder Erbeinsezzung. Diese setzt den Willen des Erblassers in Rücksicht des Erbrechts an die Stelle der über die Erbfolge vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen, wenn jene die Intestaterbfolge dem Rechte nach bestehen läßt und dieselbe zum Grunde legt. Der, in einer vom Erblasser getroffenen Verfügung nicht begriffene, Theil seines Nachlasses muß also, im Fall einer Erbeinsetzung, unter den ernannten Erben nach dem Verhältnisse der ihnen angewiesenen Erbantheile, bei einer elterlichen Thei-

lung aber unter den Kindern nach den Regeln von der gesetzlichen Erbfolge vertheilt werden. Die vorgedachte L. 21. C. famil. ercisc, (III, 36,) bestätigt diese, schon aus den Grundsätzen folgende, Bemerkung. „Si," lautet dieses Rescript, „cogitatione futurae successionis, officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo, pater communis iudicio suo qualicunque indicio declaraverit voluntatem; inter eos, qui ei successerunt, exemplo Falcidiae retentionis habita ratione, familiae dividendae causa datus arbiter, pro virili praeterea portione eorum, quae nulli generaliter vel specialiter assignavit, facta divisione, in adiudicando patris sequetur voluntatem [1]).

Uebrigens war die Willkühr des vertheilenden Vaters keiner andern Beschränkung unterworfen, als den Vorschriften über den Pflichttheil; so daß ihm keineswegs oblag, unter seinen Kindern eine Gleichheit zu beobachten. Die eben angeführte L. 21. C. l. c. ergiebt dieses, indem der Ausdruck: exemplo Falcidiae retentionis, eben auf den Pflichttheil sich bezieht, welcher damals gewöhnlich auch mit der Benennung quarta Falcidia bezeichnet ward [2]). Noch deutlicher geht dasselbe jedoch aus der L. 8. C. de inoff. test. (III, 28.) hervor. „Parentibus arbitrium dividendae hereditatis inter liberos adimendum non est; dummodo non minus is,

---

[1]) Vergl. L. 8. C. de inoff. testam. (III, 28.) und L. 11 et 16. C. famil. ercisc. (III, 36).

[2]) *Brissonius* de verb. Signif. v. falcidia.

qui pietatis sibi conscius est, partis, quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere, quartam ex iudicio parentis obtineat.“

2. So findet sich die Lage der Gesetzgebung über diesen Gegenstand bis zum Ausgange des dritten Jahrhunderts [3]), wo unter Kaiser Diocletian sie sich weiter ausbildete. Derselbe dehnte nemlich die Begünstigung der väterlichen Verfügungen unter Kindern dahin aus, daß er sie von den Formen der letztwilligen Dispositionen selbst dann unabhängig machte, wann sie in einer solchen Disposition enthalten sind, die wegeu Mangels an den gesetzlichen Erfordernissen übrigens ungültig ist. „Wenngleich, verordnet Diocletian, ein letzter Wille weder als Testament, noch als Codicill sollte bestehen können, so wären dennoch die darin vom Vater über die Antheile seiner Kinder an seinem Nachlasse gemachten Bestimmungen aufrecht zu erhalten. L. 16. C. famil. ercisc. (III, 36). „Sed et si tam circa testamentum quam etiam codicillos iudicium eius (sc. patris) deficiat, verum quibuscunque verbis voluntas eius declarata sit; licet ab intestato ei fuerit successum, ex Senatus-

---

*) Die hieher gehörenden Gesetzstellen sind nach der Zeitfolge: L. 39, §. ult. D. famil. ercisc. (X, 3.); L. 32, L. 20, §. 3. eodem tit.; L. 8. C. de inoff. test. (III, 28.); L. 21. C. famil. ercisc. (III, 36). Die, überdem ihrem Inhalte nach unwichtige, L. 10. C. fam. ercisc. (III. 36.) wird zwar auch hieher gerechnet, scheint aber den Ausdruck: dividit, ohne Beziehung auf die väterliche Theilung unter Kindern zu gebrauchen, und von einer testamentarischen Verfügung zu verstehen zu seyn.

consulto [4]) retentionis modo servato, familiae erciscundae iudicio aditum iudicem sequi voluntatem patris oportet, iuris auctoritate significatur.“

Wie die in diesem Rescripte angedeutete Wirkung ergiebt, wird hier die väterliche Verfügung nur als Theilung, nicht aber als Erbeinsetzung betrachtet; denn sonst würde in dem vorliegenden Falle die gesetzliche Erbfolge, bei der angeordneten gerichtlichen Erbsonderung, nicht haben zum Grunde gelegt werden können. Die Befugniß des Vaters zu einer solchen Vertheilung findet sich also hier nicht erweitert, da er schon früher seinen Willen über die künftigen Erbtheile seiner Kinder auf jede beliebige Weise gültig erklären konnte. Vielmehr liegt die Begünstigung solcher väterlichen Verfügungen hier darin, daß sie nicht gleich allen übrigen Bestimmungen eines letzten Willens unwirksam werden, sobald sie in Form eines solchen erklärt worden sind, und, wegen Unterlassung der der letzten Willensverordnung vorgeschriebenen Förmlichkeiten, in dieser Eigenschaft nicht bestehen. Es ist dieses eine ähnliche Berücksichtigung des väterlichen, an sich nach strengem Rechte unverbindlichen, Willens, wie hinsichtlich einer unter gleichen Umständen vom Vater angeordneten Vormundschaft früher Alexander Severus vorgeschrieben hat [5]). Der Vormund

---

4) Eine Verwechselung mit dem SCto. Trebelliano, die nicht selten ist; denn der Pflichttheil, worauf hier Bezug genommen wird, gründet sich in einer Lex, dem Falcidischen Gesetze. Hugo, Rechtsgesch. §. 265.

5) L. 2. C. de confirmando tutore (V, 29.). „Neque

wird, nicht als testamentarischer betrachtet, aber nach des Vaters Willen von der Obrigkeit ernannt. So dort: die Kinder erhalten die ihnen vom Vater ausgeworfenen Antheile des Nachlasses, nicht als Erbtheile, sondern sie bleiben Intestaterben, aber die Bestimmung des Vaters gilt als vorläufige Erbsonderung, und der Richter bringt den väterlichen Willen bei der Auseinandersetzung der Kinder in Anwendung.

3. War die in jenem kaiserlichen Rescripte gegebene Entscheidung nur aus den Grundsätzen abgeleitet, nicht aber in einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung gegründet und bestätigt; so entfernte Kaiser Constantin die hieraus hervorgehende Ungewißheit, indem er in einer besondern Verordnung dasselbe vorschrieb [6]). Es ist dieses die Constitution vom Jahre 321, welche sich vollständig im Codex Theodosianus (L. II. tit. 24, c. 1.), hingegen durch Interpollationen entstellt in L. 26, C. famil. ercisc. (III, 36.) aufbewahrt findet. Obwol nun die gesetzliche Kraft nur dieser eben gedachten Stelle des Justinianschen Codex beigemessen werden kann, so muß doch in geschichtlicher Hinsicht beides, das Original und

---

per epistolam, neque ex imperfecto testamento tutorem recte dari indubitati iuris est. Sed voluntas patris in constituendis tutoribus vel curatoribus in huiusmodi casibus a iudice servari solet."

6) Nur insofern hat also *I. Gothofredus* Recht, wenn er im Cod. Theod. I, pag. 196 bemerkt: Novum ius hac Constantini M. constitutione induci, caet; denn der Grundsatz war bereits früher in Anwendung gebracht, wie L. 16. C. famil. ercisc. (III, 36.) ergiebt.

der abgeänderte Auszug, unterschieden und jede Stelle als eine besondre Rechtsquelle betrachtet werden. Das Original lautet nach Jac. Gothofredi Codex Theodosianus, Tom. I. pag. 195 wörtlich, wie folgt:

„Imp. Constantinus A, ad Verinum. Cum dividendae res erunt, dubitari non potest, ab heredibus consensum sine ulla controversia commodandum. Quod vero ad huiusmodi spectat scripturas, in quibus talis defunctorum mens fuisse invenitur, ut de testamentis intelligatur tantummodo cogitatum, etsi repugnare ius videatur, huiusmodi quoque conscriptiones inter suos duntaxat heredes, valere oportet; quemadmodum valent scripturae simpliciter inchoatae quas nulla solemnitatis adminicula defendunt, solis nixae radicibus voluntatis. Licet enim sub testamenti vocabulo coeptae, cum perfectae non sint, nec appellari aliter ullo modo possint, evanuisse videntur, tamen dispositiones ultimae, coloratam iuris imaginem referentes, iustius in se legum proclivem favorem debent provocare. Quamobrem, cum filiis ac nepotibus, civili iure, vel auxilio praetoris, ut suis heredibus defuncti successio deferatur, etiamsi incoeptum neque impletum testamentum esse memoretur, vel si ab utilitate verborum, vel solennitate iuris inanis scriptura esse dicatur, considerari specialiter voluntatem placet et obsecundari protinus cum res dividentur, nec retineri amplius, quam quod singulorum personis detegatur adscriptum, ut et memoria defuncti non violetur parentis, et occasiones litium dirimantur,“

Auch hier wird der Wille des Vaters bloß als eine

Theilung seines Vermögens unter seinen Kindern aufrechterhalten, und übrigens werden diese als gesetzliche, nicht als testamentliche Erben betrachtet; wie der Zusammenhang des Ganzen, besonders aber die Worte: cum — civili iure, vel auxilio praetoris [7]) ut suis heredibus successio deferatur, und: cum res dividentur, beweisen. Wiewol also einem, wegen Mangel der vorgeschriebenen Förmlichkeiten, an sich ungültigen, letzten Willen eine Wirkung beigemessen wird, so geschieht es nur durch Anwendung des Grundsatzes, daß Sui heredes der von ihrem Vater verfügten Theilung seines Nachlasses sich unbedingt unterwerfen, und bei der Auseinandersetzung mit den ihnen angewiesenen Theilen begnügen müssen, auf welche Weise der Wille des Vaters auch erklärt seyn möge. Einzig die über die verschiedenen Antheile der Kinder aufgestellten Bestimmungen werden als rechtsbeständig erhalten, weil sie bloß der Gewißheit des väterlichen Willens dazu bedürfen, solis nixae radicibus voluntatis; was hingegen übrigens im letzten Willen verordnet gewesen seyn möchte, fällt zugleich mit der beabsichtigten Begründung eines testamentlichen Erbrechts hinweg, weil die gesetzliche Erbfolge nur durch feierliche Verfügungen verändert werden kann.

Da dieses Gesetz bloß die, über die väterliche Theilung schon angenommenen, Grundsätze bestätigt und entwickelt, so darf aus dem, darin wegen des Pflichttheils

---

[7]) Die bonorum possessio contra tabulas und ab intestato, — pr. I. de bon. poss. (III, 10.) — wird hiermit angedeutet.

beobachteten, Stillschweigen nicht gefolgert werden, daß der Vater bei seiner Vertheilung über die deshalb vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen solle hinausgehen können. Die Vorschriften wegen des Pflichttheils enthalten eben eine Beschränkung der Befugniß, durch Privatverfügung Ausnahmen von der Regel über die gesetzliche Erbfolge zu begründen, und sind ihrer Natur nach verbietend. Auch ist ein Gesetz, was durch feierliche Willenserklärungen nicht abgeändert werden kann, noch weniger durch eine Verfügung aufzuheben, welche nur mittelst eines aus der Billigkeit abgeleiteten Grundsatzes besteht.

4. Die bisher allein dem Vater, kraft der väterlichen Gewalt und in Hinsicht seiner, derselben unterworfenen, Kinder, zugestandene Befugniß ward endlich auch der Mutter gewährt, und hiermit zugleich auf alle Kinder, ohne fernere Beschränkung auf suos heredes, erstreckt. Zuerst verordnete Constantin: L. 2. Cod. Theodos. de famil. ercisc. (II, 24.) „Si praecipiente matre bona eius inter se liberi diviserint, placuit omnifariam huiusmodi divisionem durare; si modo usque ad extremum eius vivendi spatium voluntas eadem eius perseverasse doceatur.“

Hierauf ergieng ein Gesetz Theodosius des Jüngern, welches denselben Grundsatz ausspricht, und außerdem, hinsichtlich der zum Besten fremder Personen gemachten Bestimmungen, erklärt, daß diese nur unter Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten gültig gemacht werden könnten, sonst aber als nicht vorhanden zu betrachten wären.

L. 21. §. 1. C. de testamentis (VI, 23.). „Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos (a parentibus utriusque sexus) habeatur, non volumus. Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere.“

Hier wird kein neues Recht verordnet, sondern bereits eingeführte Grundsätze bestätigt, um sie gegen den Einwurf zu sichern, als ob die, im Eingange des Gesetzes gemachten, Bestimmungen über die Form letztwilliger Verfügungen das ältere Recht hinsichtlich der elterlichen Theilungen aufgehoben hätten. Auch wenn eine solche Disposition gegen diese Vorschrift anstoßen und also nichtig seyn würde, solle sie doch unter des Erblassers Kindern befolgt werden, wiewol nicht als Erbeinsetzung, sondern nur als Vermögensvertheilung. Letzteres ergiebt sich aus der Verbindung dieses Abschnittes mit dem Anfange des Gesetzes, indem eine Abänderung der gesetzlichen Erbfolge eben von der Beobachtung gewisser Formen abhängig gemacht wird. Auch ist von der Einführung einer Befugniß der Eltern, ohne Feierlichkeiten unter ihren Kindern zu testiren, hier keine Spur. Um so mehr muß mithin diese Stelle nach dem ältern, damals bestandenen, Rechte beurtheilt werden.

II. Justinians Verordnungen über diesen Gegenstand.

5. Zuerst bildete Justinian die Grundsätze von der elterlichen Theilung unter Kindern weiter aus, indem er die vorgefundenen Bestimmungen der Kaiser Constantin und Theodosius des Jüngern, in ein Gesetz verschmolz. Es ist dieses die L. 26. C. famil. ercisc. (III, 36.), wobei die oben (§. 3.) angeführte L 1. C. Theod. de famil. ercisc. zum Grunde liegt, aber durch die, in den eingeschlossenen Stellen enthaltenen, Zusätze erweitert worden ist.

„Inter (omnes) duntaxat heredes suos, (qui ex quolibet venientes gradu tamen pares videntur esse, vel emancipatos, quos praetor ad successionem vocat) sive coeptum neque impletum testamentum, (vel codicillus, seu epistola) parentis esse memoretur (sive ex quocunque alio modo scripturae, quibuscunque verbis, vel indiciis inveniantur relictae; iudicio familiae erciscundae, licet ab intestato ad successionem vocentur, servato SCti auxilio) defuncti dispositio custodiatur, etiamsi solennitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta. Si vero in huiusmodi voluntate designatis liberis alia sit mixta persona, certum est, eam voluntatem quantum ad illam duntaxat personam permixtam, pro nullo haberi.“

Daß auch hier nur immer noch von einer elterlichen Vertheilung des Vermögens, nicht aber von einer befreieten Art der Erbeinsetzung gehandelt wird, setzen die Worte: licet ab intestato ad successionem vocentur, außer Zweifel. Der Gegenstand der Verordnung ist

also die Bestätigung der schon eingeführten Grundsätze und die ausdrückliche Beziehung des, beiden Eltern zugesicherten, Rechts zugleich auf die emancipirten Kinder. Die erneuerte Bestimmung, daß eine jede, auf eine Vermögensvertheilung deutende, Willenserklärung der Eltern aufrecht zu erhalten sey, führte bald die Nothwendigkeit einer neuen Verordnung herbei, da jene Vorschrift zwar folgerecht war, aber höchst gefährlich sich zeigte. Es schlich nemlich der Mißbrauch sich ein, daß Eltern ohne Zusammenhang oder Verbindung, theils selbst, theils von fremder Hand geschriebene, mit keinem Schlusse versehene, noch durch die Art der Aufbewahrung ausgezeichnete, Verfügungen hinterließen, und dadurch die größten Ungewißheiten über die ernstliche Absicht und die davon abhängende Verbindlichkeit solcher Erklärungen veranlaßten [8]). Diesem abzuhelfen, verordnete Justinian: daß, wenn die Eltern kein Testament errichten, sondern nur ihr Vermögen, oder einzelne Stücke desselben, unter ihren Kindern vertheilen wollten, sie sodann die einzelnen Theile nach den dazu gelegten Stücken genau beschreiben, und diese Verzeichnisse entweder selbst unterschreiben, oder von sämmtlichen theilnehmenden Kindern unterschreiben lassen sollten, und zwar bei Strafe der Nichtigkeit solcher Verfügung. Nov. 18. cap, 7. „Si quis voluerit suas res filiis dividere aut omnes, aut etiam aliquas forte relinquere praecipuas, — licet descriptiones facere rerum quas partiri voluerit,

---

[8]) S. den Anfang der Nov. 18, cap. 7.

et subscribere omnibus aut ipsum, aut filios universos subscribere praeparare, inter quos res dividet, et ex hoc caussae dare indubitatam fidem, et quod secundum hanc speciem fit ratum sit atque firmum, aliaque cautela non indigens. Si vero hoc non egerit, — sciat — quasi nihil sit factum.“

Dieſe Verordnung iſt nachmals und zwar unter Umſtänden wiederholt, die klar ergeben, daß die elterliche Vermögenstheilung noch immer von einer Erbeinſetzung unterſchieden bleibt. Denn das neueſte Geſetz, welches dieſen Gegenſtand betrifft, gedenkt ſolcher Theilung neben und im Gegenſatze des damals eingeführten elterlichen Teſtaments, offenbar damit es nicht ſcheinen möge, als ſey durch dieſe befreiete Art letztwilliger Verfügungen das Recht der Eltern, nach bisheriger Weiſe ihr Vermögen zu vertheilen, aufgehoben. Nachdem nemlich in der Nov. 107. cap. 1 et 2 von der Form eines elterlichen Teſtaments gehandelt iſt, fährt der Geſetzgeber cap. 3 fort:

„Quia vero novimus aliquos divisiones facientes inter proprios filios, et praeparantes eos his subscribere; et hoc schema suscepimus. Si quis enim dividat proprias res, et ipsos filios evocans faciat subscribere divisionibus ipsis et ratas eas iudicare, et profiteri filios hoc secundum hunc habere modum, sit et hoc firmum in huiusmodi rerum divisione secundum nostram constitutionem quam ad hoc posuimus; quam in omnibus, quae in ea continentur, firmam esse per hanc legem sancimus. Si autem et in divisione ipse subscripserit, et clara omnia per subscriptionem suam fecerit, sit et

hoc ratum; quoniam et hoc iam nostra legislatione continetur. Palam vero est, quia in talibus casibus valebit haec lex, quoscunque postea moveri contigerit.“

6. Hiermit ſchließt ſich die Reihe der römiſchen Geſetze über die elterliche Vermögenstheilung. Es beſteht dieſe Theilung, ohne an eine Form gebunden zu ſeyn, durch die ſchriftlich ausgedrückte Bezeichnung der die einzelnen Theile bildenden Gegenſtände, entweder mit des Theilenden der Eltern Unterſchrift verſehen, oder von ſämmtlichen theilnehmenden Kindern, gleichſam zum Beweiſe ihrer vertragsmäßigen Einſtimmung, unterſchrieben. Mündlich kann, nach den neueſten abändernden Verordnungen, eine ſolche Theilung nicht vorgenommen werden. Sie bezieht ſich auf die geſetzliche Erbfolge, die ſie hinſichtlich der ungetheilten Stücke beſtehen läßt, und kann, eben weil ſie kein Erbrecht begründet, keine Enterbung enthalten und Niemandem den Pflichttheil entziehen. Dieſer wird vielmehr vermöge der Ergänzungsklage [9]) für denjenigen hergeſtellt werden können, welcher ihn nicht völlig erhalten hat, oder gänzlich übergangen ſeyn ſollte. Denn da hier eine Uebergehung keine Ausſchließung vom Erbrechte bewirkt, kann dadurch keine Klage begründet werden, welche die ganze Theilung umzuwerfen bezweckt. Endlich findet dieſe Theilung nur unter denjenigen Nachkommen Statt, die zur geſetzlichen Erbfolge berufen ſind.

---

[9]) Actio legitimae suppletoria. L. 3. 5. 6. 7. C. de inoff. donat. (III, 29.), L. un. C. de inoff. dotib. (III, 30.) Nov. 92. c. 1.

Es folgt dieses aus dem in den Gesetzen gefaßten Gesichtspunkte, hier eine vorläufige Besorgung der Erbsonderung anzunehmen [10]); so wie aus mehrern ausdrücklichen Verordnungen [11]).

7. Nicht zufrieden mit der den Eltern gegebenen Befugniß, ihren Nachlaß unter ihren Kindern zu vertheilen, erweiterte Justinian dieselbe dahin, daß er den Eltern gestattete, unter ihren Kindern letztwillig auf eine, von den gesetzlichen Förmlichkeiten befreiete, Weise so zu verfügen, daß damit eine Erbeinsetzung bewirkt ward. Dieses hiermit zuerst eingeführte Testament der Eltern unter ihren Kindern verdankt allerdings seinen Ursprung der weitern Ausbildung der Grundsätze von der elterlichen Vermögenstheilung, ist aber davon eben so in seinen Wirkungen wesentlich verschieden, als der Gesetzgeber selbst beide Arten elterlicher Verfügungen, wie bereits bemerke worden ist, sorgfältig sondert. Diese Gesetzgebung hat ihren Sitz einzig in der Novelle 107. Nachdem der Kaiser im Eingange dieser Verordnung gegen die Mißbräuche geeifert hat, welche durch die frühern zu nachsichtigen Gesetze begünstigt wären, und besonders tadelt, daß weder die Namen der Interessenten

---

[10]) L. 21. C. famil. ercisc. (III, 36.).

[11]) L. 11. C. famil. ercisc. (III, 36.) verb. „Inter filios et filias“ etc. L. 26. eod. im Eingange und L. 1. C. Theodos. de famil. ercisc. (II, 24.) verb. „Quamobrem, cum filiis ac nepotibus civili iure, vel auxilio praetoris, ut suis heredibus defuncti successio deferatur,“ etc.

ausgedrückt, noch die der Verfügung unterworfenen Sachen bestimmt zu werden pflegten [12]), fährt er fort:

Cap. 1. „Nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes, volumus si quis litteras sciens, inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret; deinde quoque filiorum nomina propria manu; ad hoc uncias in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas literas declarandas, ut undique clarae et indubitatae consistant.“

„Si vero etiam rerum voluerit facere divisionem, aut in quibusdam rebus certis aut omnes aut quasdam institutiones statuere, et harum inscribat significationes; ut eius literis omnia declarata, nullam alterius contentionem filiis relinquant.“

„Si tamen et uxori aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, vel fideicommissa aut libertates, et haec propria scripta manu, dictaque a testoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt et volunt valere, sint firma; nihilo minuenda eo quod videantur in charta scripta, reliquam observationem testamentorum non suscipientia. Sed hoc solum inmutetur, quod eius ma-

---

12) „— homines in tantam ingressi sunt obscuritatem, ut divinantibus magis, quam interpretantibus haec egerent. Itaque neque personas scribentes, neque rerum dicentes notitiam et forte nec quantitatem, tamen dignantur conjecturis et verisimilium ratione talia permittere.“

nus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam.“

Dieses Gesetz handelt in drei Abschnitten von eben so vielen besondern Gegenständen, dem eigentlichen Testamente der Eltern unter ihren Kindern in Ansehung der Erbeinsetzung, den in einem solchen einzelnen Kindern zuzuwendenden Vermächtnissen, und den darin zum Vortheile fremder Personen zu treffenden Verfügungen.

War bisher ein unförmliches oder unvollendetes Testament der Eltern als elterliche Vermögenstheilung aufrecht erhalten, vorausgesetzt, daß die einer solchen Verfügung vorgeschriebenen Erfordernisse vorhanden waren; so soll jetzt der Eltern Willenserklärung als ein Testament bestehen, und die darin bedachten Kinder als eingesetzte Erben angesehen werden, sobald die hier verordneten Förmlichkeiten beobachtet sind. Es ergiebt sich dieses aus einer Vergleichung der angezogenen Verordnung mit den früher angeführten Gesetzstellen. Diese weisen ausdrücklich auf die gesetzliche Erbfolge, und brauchen den Ausdruck: Testament, von der vorliegenden Verfügung nur in sofern, um zu erklären, daß sie in solcher Eigenschaft nicht bestehen könne. Die neue Verordnung hingegen erwähnt der Kinder namentlich als, vermöge der elterlichen Willenserklärung, bestellter Erben, und bezeichnet die denselben angewiesenen Erbtheile mit dem, bloß bei der eigentlichen Erbeinsetzung gebräuchlichen, solennen Ausdrucke: unciae.

Neben der Erbeinsetzung zugleich, durch Anweisung gewisser Sachen für die einzelnen Erben, besondre Vermächtnisse oder Prälegate zu verordnen, brauchte kaum

nachgelassen zu werden. Dennoch findet sich hierüber, im zweiten Abschnitte des obigen Gesetzes, eine Bestimmung; wol für den Fall, wo der Erblasser die Begünstigung einzelner seiner Kinder, nicht durch Anweisung ungleicher Erbtheile, sondern bloß durch einen Vorzug hinsichtlich gewisser Stücke der Erbschaft bewirken will. Sollen, bei der Auswerfung ungleicher Erbschaftsquoten, diese durch Buchstaben und nicht mit Zahlen bezeichnet werden, so sind bei Prälegaten die darin begriffenen Sachen ebenfalls genau zu beschreiben. Daß übrigens dieses der Gegenstand des gedachten zweitens Abschnittes des ersten Kapitels der Novelle 107 ist, und daselbst nicht von der elterlichen Theilung gehandelt wird, zeigt die Verbindung dieser Stelle mit den vorhergehenden und folgenden Abschnitten, und daß ein besonderes Kapitel derselben Novelle über eine solche Theilung verordnet.

9. Eine wirkliche Erbeinsetzung, und also auch die Ertheilung eines Prälegats, findet in der hier nachgelassenen befreieten Form allein bei denjenigen Nachkommen des Erblassers Statt, welche dessen gesetzliche Erben gewesen wären. Die angeführte Gesetzstelle vermeidet daher den umfassendern Ausdruck: liberi, und redet nur von filiis; und da dieses Wort bloß Kinder des ersten Grades bedeutet; da überdem das Testament der Eltern unter Kindern nur eine weitere Ausbildung der Grundsätze von der elterlichen Theilung enthält, welche sich in der Intestaterbfolge gründet; so können diejenigen Nachkommen des Erblassers, welche durch ihm näher stehende Eltern ausgeschlossen sind, nur unter die

fremden Personen gerechnet werden [13]), von denen der letzte Abschnitt des ersten Kapitels der Novelle handelt.

Diesen fremden Personen, obwol sie aus einer elterlichen Theilung nichts zu erhalten vermögen, können jedoch in einem Testamente der gedachten Art Vermächtnisse zugewendet werden. Nur muß der Erblasser solche Verfügungen entweder eigenhändig im Testamente niederschreiben, oder seinen Willen außerdem vor Zeugen erklären. Zwar scheint das Gesetz beides zugleich zu erfordern, da es die Sätze nicht getrennt, sondern den Worten nach verbunden hat: „et haec propria scripta manu, dictaque a testatoribus coram testibus"; allein der Gesetzgeber hatte hier die von ihm wenige Jahre zuvor erlassene Verordnung vor Augen, vermöge deren, außer den übrigen Erfordernissen feierlicher Testamente, noch die eigenhändige Bezeichnung des eingesetzten Erben, oder aber dessen Benennung vor den zugezogenen Zeugen vorgeschrieben war [14]). So wie hier ausdrücklich nur eins von beiden Erfordernissen, und namentlich die Benennung des Erben vor den Zeugen für den Fall, wo der Testator nicht sollte schreiben können, vorgeschrieben ist; so muß auch jene Stelle der Novelle auf gleiche

---

13) Verschiedene Ansichten finden sich z. B. bei *Lauterbach*, Coll. T. P. L. 29. t. 1. §. 26. *Pufendorf.* Obs. II. 30. *G. L. Böhmes*, El. I. C. T. I. Exc. 6. §. 8. *Harprecht*, ad I. II 10. No 104 — 116. *Cocceji*, I. C. Contr. XXIX, 1. 6. Thibaut System, §. 708. Hufeland Lehrb. d. Civ.R. §. 1339.

14) L. 29. C. de testam. (VI. 23.).

Weise verstanden werden. Ist also die, das Vermächtniß für den Fremden ausdrückende, Verfügung beim Testamente der Eltern unter Kindern nicht von des Erblassers eigener Hand geschrieben; so muß derselbe seinen Willen, so viel dieses Vermächtniß betrifft, vor Zeugen erklären, und zwar vor wenigstens zwei Zeugen, indem die Form des Testaments deren überall nicht erfordert; ein solches Vermächtniß aber nicht für sich, sondern kraft des Testaments besteht, wie die Worte: „nihilo minuenda eo quod videantur in charta scripta, reliquam observationem testamentorum non suscipientia," ersehen lassen, und mithin nur Gewißheit des Willens hier bezweckt wird [15]).

III. Form des elterlichen Testaments unter Kindern.

9. Da nicht die Absicht ist, eine vollständige Darstellung dieser, so vielfältig bearbeiteten, Materie hier zu liefern, und wegen der verschiedenen, über diesen Gegenstand aufgeworfenen, Streitfragen auf die davon handelnden Schriftsteller verwiesen werden muß; so beschränke ich mich auf folgende Bemerkungen.

Justinian entbindet die Eltern, sofern sie unter ihren Kindern ein Testament errichten wollen, keineswegs von der Beobachtung aller Feierlichkeiten; sondern schreibt

---

[15]) *Müller*, ad Leys. Obs. 568, stellt die verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer über diesen Gegenstand zusammen, und führt die Literatur vollständig an.

ihnen besondre, von denen des ordentlichen Testaments abweichende, Formen vor, wie die Nov. 107, c. 1 deutlich ersehen läßt. Diese Formen können ferner nur nach den Bestimmungen des erwähnten Gesetzes beurtheilt werden, da dieses zuerst jenes Testament eingeführt hat, die frühern Verordnungen über letztwillige Verfügungen der Eltern aber allein von der Vermögenstheilung handeln. Denn obwol die gedachte Art der Erbeinsetzung aus den Grundsätzen von der elterlichen Theilung hervorgegangen ist, die über die Letzte gegebenen gesetzlichen Bestimmungen also auch in mehreren Rücksichten Analogien darbieten können, so darf dieses doch nur auf das Materielle solcher Verfügungen, ihren Gegenstand, die darin zu bedenkenden Personen, u. d. m. bezogen, nicht aber so weit erstreckt werden, um die Feierlichkeiten jenes Testaments hiernach zu bestimmen.

Als Justinian die Novelle 107 erließ, bestand die von ihm über die Formen des feierlichen Testaments gegebene, erst später [16]) aufgehobene, Verordnung noch, vermöge welcher die von Theodosius dem Jüngern angeordneten [17]) Erfordernisse solcher Willensverfügungen dahin erweitert wurden, daß der Erblasser, bei Gelegenheit der in Gegenwart der Zeugen dem Testamente beizufügenden Unterschrift, die Namen der ernannten Erben entweder eigenhändig schreiben, oder den Zeugen eröffnen mußte, und diese im letzten Falle angewiesen

---

16) Nemlich durch Nov. 119. cap. 9.

17) L. 21. pr. C. de testamentis (VI, 23.).

wurden, jene Bezeichnung ihrer Unterschrift hinzuzufügen [18]). Dieses im Jahre 531 ergangene Gesetz hatte Justinian vor Augen, als er die gedachte Novelle erließ, und indem er dem elterlichen Testamente alle übrigen, den letztwilligen Verfügungen vorgeschriebenen, Feierlichkeiten erläßt, wendet er darauf die Vorschrift jenes Gesetzes an, und verlangt nur, daß die daselbst von ihm, zur Sicherung der Erbeinsetzung gegen Verfälschungen angeordneten Formen dabei beobachtet würden, führt aber zugleich solchen Gedanken weiter aus.

Das Testament, so verordnet die Novelle 107, Cap. 1., möge nun von des Erblassers Hand, oder einem Dritten geschrieben seyn, denn nur von einer schriftlichen Verfügung handelt diese Gesetzstelle [19]), so soll der Testator

1) mit der Unterschrift zugleich die Zeit bezeichnen;
2) die Namen der eingesetzten Kinder wenigstens eigenhändig ausdrücken [20]); endlich

---

[18]) L. 29. C. de testamentis (VI, 23) „Iubemus omnino testatorem, si vires habet ad scribendum, nomen heredis vel heredum in sua subscriptione, vel in quacunque parte testamenti ponere; ut sit manifestum, illius voluntate hereditatem esse transmissum. Sin autem forsitan — hoc facere minime potuerit, testibus testamenti praesentibus nomen, vel nomina heredis, vel heredum ab eo nuncupari, ut omnimodo sciant testes, qui sint scripti heredes.“

[19]) *A. P. Frick*, praes. Menken, Diss. de testam. parent. int. lib. privil. iure civ. sine scriptura invalido. ao. 1756. a. M. ist *Voet* com. ad P. XXVIII, 1. 15. et *Vinnius* S. Q. II, 18.

[20]) Daß das Wort: propria, nicht auf das vorhergehende:

3) die Erbtheile, worin er dieselben einsetzt, nicht mit Zahlen, sondern mit Buchstaben ausgeschrieben angeben [21]).

Da nun diese Erfordernisse die Stelle der, bei den feierlichen Testamenten zu beobachtenden, Formen ersetzen sollen, und also aus demselben Gesichtspunkte zu betrachten sind, so müssen sie genau befolgt werden; und so wenig, wie ein unförmliches Testament überhaupt, kann ein elterlicher letzter Wille, bei dessen Errichtung jene Formen nicht beachtet sind, als Erbeinsetzung aufrecht erhalten werden, sollte man auch die Absicht des Erblassers, etwa durch Beweismittel, außer Zweifel setzen können. Wenn die vorhergegangenen, von elterlichen Verfügungen handelnden, Gesetze bloß Gewißheit des Willens beim Erblasser erfordern [22]), so beziehen sich dieselben allein auf die elterliche Theilung, nicht aber auf eine Verfügung, welche des Erblassers Willen in die Stelle der gesetzlichen Bestimmungen von der Erbfolge setzen soll; nicht auf das zu ihrer Zeit noch unbe-

---

nomina, vielmehr auf das folgende: manu, bezogen werden muß, ergiebt der Zusammenhang; indem sonst der Zusatz: manu, völlig überflüssig seyn würde. Auch ist die Verordnung zu allgemein ausgedrückt, um auf den Fall beschränkt zu werden, wo der Erblasser das Testament selbst geschrieben hat; wie denn der angenommene Sinn des Gesetzes durch die L. 29. C. de testam. (VI, 23.) noch unterstützt wird. Andrer Meinung, ohne einen Grund dafür zu geben, ist Höpfner Comm. §. 460. (3).

21) Köchy, Meditationen I, No. 10.

22) L. 16. 21 et 26. C. famil. ercisc. (III, 36.).

kannte Testament der Eltern unter Kindern. Uebrigens ist nicht zu bezweifeln, daß, wenn eine solche Verfügung der Eltern, wegen Mangel der Form, als Testament nicht besteht, sie dennoch als Theilung erhalten werden kann, sobald die Erfordernisse einer solchen nur vorhanden sind [23]).

10. In Ansehung der gedachten Form des elterlichen Testaments wird aber die Frage aufgeworfen: ob Justinian dieselbe nicht durch die Novelle 119, Cap. 9, nachmals selbst nachgelassen habe?

Die Worte dieses Gesetzes sind: „Quia vero ante hanc legem protulimus: vt testator aut manu propria, aut per testes nomina heredum scribat in testamento; agnovimus autem ex huiusmodi subtilitate plurima testamenta destructa, testatoribus non valentibns huiusmodi custodire subtilitatem aut forsan nolentibus scire aliquos suam voluntatem: iubemus licentiam quidem esse hoc servare in propriis testamentis; si enim hoc non observant, sed secundum priscam consuetudinem testentur, etiam sic firmum testamentum esse sancimus, sive per se aliquis, sive per alterius personam nomen heredis inscripserit; si omnino reliquam legitimam observationem in testamento testator observaverit.“

Der Gesetzgeber bezeichnet hier die Verordnung, welche er wieder aufhebt, so genau, daß darüber kein Zweifel bestehen kann. Es ist ein von ihm selbst, und zwar dahin erlassenes Gesetz, daß des Erben Namen vom

---

[23]) S. oben §. 6. und L. 16 et 26. C. famil. ercisc. (III, 36.)

Testator eigenhändig geschrieben, oder den Zeugen benannt und von diesen unter das Testament schriftlich angemerkt werden solle; mithin kein andres, als die oben (§. 9.) angeführte L. 29. C. de testamentis (VII. 23.). Die gedachte Bezeichnung und die Hinweisung auf die übrigens aufrecht erhaltenen ältern Formen („secundum priscam consuetudinem“ und „si omnino reliquam legitimam observationem“) ergeben dieses deutlich. Da nun die Novelle 119, Cap. 9 bloß dieses Gesetz aufhebt, nicht aber vermöge einer allgemeinen Vorschrift alle vorhergegangenen gesetzlichen Bestimmungen über die Andeutung des Erben durch eine unmittelbar vom Erblasser ausgehende Erklärung zurücknimmt; die Nothwendigkeit einer eigenhändigen Bezeichnung der Erben beim Testamente der Eltern unter Kindern aber nicht auf jener L. 29. C. de testamentis (VI, 23), sondern auf der besondern Verordnung der Novelle 107, Cap. 1 beruhet; da endlich, wollte man die Novelle 119, Cap. 9 auch für ein allgemeines Gesetz gelten lassen, ihre Beziehung auf die gedachte Vorschrift der Novelle 107 dennoch dem bekannten Grundsatze von der Auslegung der Gesetze widerstreben würde, daß ein neues allgemeines das ältere besondre Recht nicht aufhebt [24]); so muß die vorbemerkte Frage verneint werden. Es ist dieses um so gewisser anzunehmen, als theils der, in der Novelle 119 angegebene, Grund der Aufhebung des erwähnten früher vorgeschriebenen Erfordernisses, daß

---

[24]) L. 80. D. de Reg. Jur. (L, 17.) „Lex correctoria generalis ad priorem specialem non spectat.“

nemlich der Erblasser wünschen könnte, bei Errichtung des Testaments die Namen der Erben selbst den zugezogenen Zeugen zu verheimlichen [25]), beim elterlichen Testamente nicht eintritt, indem solches ohne Zuziehung von Zeugen errichtet und also ohnehin geheim gehalten werden kann; theils die Novelle 107 im Januar des Jahrs 541, die Novelle 119 aber im Februar desselben Jahrs ergangen ist, und nicht anzunehmen steht, daß ein Gesetz nach wenigen Wochen, und zwar ohne seiner ausdrücklich zu erwähnen, habe wieder aufgehoben werden sollen [26]).

11. In wiefern die Bestimmungen des römischen Rechts durch die Notariatsordnung Kaiser Maximilians von 1512, Titel: von Testamenten, §. 2, abgeändert worden sind? verdient eine nähere Beleuchtung, da diese Gesetzstelle vielfältig mißverstanden und so gedeutet wird, als sey das elterliche Testament von jeder Feierlichkeit befreiet,

---

25) Die Worte des Gesetzes sind: „Forsan nolentibus scire aliquos suam voluntatem.“ Auch bemerkt *Rittershusius* in Expos. Novellar. P. VI, c. 1. §. 9. „Ratio mutati iuris est, quia alioquin testamenta scripta non forent secreta, si testes nomen heredis palam audivissent; ex quo testatori vel invidia, vel etiam insidiae metuendae essent.“

26) S. *A. P. Frick* Diss. cit. §. 16. *Müller* ad Leys. Obs. 567. Thibaut Syst. §, 708. Hufeland Lehrb. d. C.R. §. 1339. *Hofacker* Princ. I. R. §. 1387. *Malblanc* Princ. I. R. §. 719. a. M. *Leyser* Med. ad D. Sp. 367. m. 4. *de Pufendorf* Obs. I. U. III. 5.

und seine Gültigkeit von dem Beweise der elterlichen Willenserklärung allein abhängig gemacht.

Die Worte dieses Gesetzes, so weit sie hieher gehören, sind: „Und sollen die Notarien Aufmerkung haben, „daß nach kaiserlichen Rechten zu Aufrichtung alter, oder „jetzt gemeldeten Testamenten, aufs Wenigste sieben „Zeugen nöthig sind, zu denen der Notarius auch ge„zählt wird. Aber in Codicillen, —. Item, auf dem „Gau, —; aber in Testamenten, so Vater oder Mut„ter zwischen ihren Kindern machen, in dem Fall, da „kein Andrer ihr Testament zuvor gemacht, solches ab„gethan wird; — da wird solche Anzahl der Zeugen „nachgelassen bis auf zween.“

Der Gesetzgeber, welcher in der Notariatsordnung überhaupt sehr am unrechten Orte civilrechtliche Bestimmungen gegeben haben würde, ist in dieser Stelle besonders davon weit entfernt. Eingedenk der Unerfahrenheit der mehrsten Notarien seiner Zeit, sucht er vielmehr denselben die Formen der Testamente, so wie die vorhandenen Gesetze sie vorgeschrieben haben, und deren Kenntniß ihnen nöthig ist, zusammenzustellen und darüber eine Belehrung zu ertheilen. Die wiederholte Hinweisung auf die kaiserlichen Rechte, worunter bekanntlich das römische Gesetzbuch vorzugsweise verstanden ward, sowol in der angeführten Stelle, als am Schlusse des Titels [27]), ergeben auch, daß es des Kaisers Absicht

---

[27]) Die Worte sind: „Es sollen auch alle Notarien des Wissens haben, welche obgemelte Form der Testamente, als

keinesweges gewesen ist, das bestehende Recht abzuändern, oder auch nur näher zu bestimmen. Eigentlich dürfte mithin kein Grundsatz über das elterliche Testament hieraus abgeleitet werden, selbst wenn sich hier vom römischen Rechte abweichende Angaben finden sollten. Es ist dieses jedoch nicht einmal der Fall; denn die unvollständigen Andeutungen dieser dürftigen Gesetzstelle enthalten nur Beziehungen auf römische Rechtsgrundsätze; so wird in den Worten: „in dem Fall, da kein Andrer ihr Testament zuvor gemacht, solches abgethan wird,“ entweder die im Kap. 2 der Novelle 107 gemachte Ausnahme angegeben, daß ein früher gültig errichtetes Testament nur durch ein feierliches, nicht aber ein in befreieter Form gemachtes späteres aufgehoben werden könne [29]); oder aber bloß die Verordnung des Cap. 1. der erwähnten Novelle angedeutet, welche den Worten nach den Fall vor Augen hat, wo das Testament von einem Andern geschrieben worden ist, und bestimmt, was sodann wenigstens vom Erblasser selbst eingetragen werden müsse, wol in der Voraussetzung, daß ein gänzlich vom demselben geschriebenes Testament die nöthigen Erfordernisse ohnehin haben werde. Und die Worte: „da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen, bis auf zween,“ scheinen sich allein auf die Schlußverord-

---

aus kaiserlichen Gesetzen gegeben, mit Fleiß zu halten säumig wären,“ u. s. w.

[28]) *Rivinus* Diss. de test. par. int. lib. privil. solemne prius condit. non infirmante. Viteb. 1754. Hufeland Lehrb. d. Civ.R. §. 1339, 3.

nung des gedachten Cap. 1. zu beziehen, wo die Zuziehung von Zeugen sodann vorgeschrieben wird, wenn der Erblasser zugleich zum Besten fremder Personen Vermächtnisse anordnen will [29]); so daß dieser Ausnahme nur Erwähnung geschieht, damit die Notarien nicht glauben möchten, als werde, durch die zuvor angeführte Regel, die befreiete Weise zu testiren gänzlich aufgehoben. Wie denn in Fällen, wo zwei Zeugen genügen, es eines Notars um so weniger bedürfen kann, als derselbe nur zugleich mit zweien Zeugen zu instrumentiren angewiesen ist; so daß schon in dieser Hinsicht die bemerkte Stelle der den Notarien gegebenen Ordnung für nicht mehr, wie eine geschichtliche Anführung, nicht aber für eine gesetzliche Vorschrift genommen werden kann.

Es steht jedoch die Praxis fest, daß, in Beziehung auf diese Stelle der Notariatsordnung, mündliche Testamente der Eltern unter Kindern, ohne einige Feierlichkeit, aufrecht erhalten werden, sobald nur durch zwei Zeugen der Beweis der Willenserklärung geführt werden kann [30]). Der ernstlich erklärte Wille des Erblassers, die Erbfolge festzusetzen, scheint hiernach zu genügen, da zwei Zeugen nur des Beweises, nicht aber der Form wegen verlangt werden; und daher gehet man wol so weit, einen Beweis hier für hinreichend anzu-

---

29) S. oben §. 7 und 8.

30) *Malblanc* Pr. I. R. §. 719 in fine und die daselbst angeführten Schriftsteller; Meditationen zweier Rechtsgel. No. 266. Thibaut Syst. §. 708. Hufeland Lehrb. d. C. R. §. 1339, 2.

nehmen, welcher aus der Aussage zweier Zeugen hervorgeht, die von einzelnen Willensäußerungen reden [31]). Allein da die Notariatsordnung a. a. O., falls man einmal dieselbe hiervon zu verstehen gesonnen ist, wenigstens einen vollständigen Beweis durch Zeugen verlangt, in jenem Falle aber nur testes singulares vorhanden seyn würden; die einzelnen, der Zeit nach verschiedenen, Erklärungen des Erblassers mithin eine jede nur zur Hälfte erwiesen erachtet werden könnten; so müßte ein solcher Beweis für ungenügend angenommen werden. In sofern aber beide Aussagen einander gegenseitig unterstützen, oder ein andres Beweismittel hinzutritt, sind sie unstreitig nach den allgemeinen Grundsätzen von der Beweisführung zu würdigen.

Uebrigens muß, will die Praxis folgerecht verfahren, nicht nur das mündliche Testament der Eltern unter Kindern bestehen, wofern die Willenserklärung nur erwiesen werden kann [32]), sondern auch ein jeder schrift-

---

31) Wie z. B. *Berger* Oec. Jur. II, IV, §. 6. Not. 4.

32) Es versteht sich, daß nur solche Erklärungen zu berücksichtigen sind, die den ernsten Vorsatz an den Tag legen, eine letztwillige Verfügung zu machen. Unbedachtsam hingeworfene Aeußerungen dürfen so wenig beachtet werden, als bloße Eröffnungen über ein Vorhaben. Denn eine, die bestehenden Gesetze abändernde, Verfügung ist die wirkliche Ausführung, und erfordert den Vorsatz, eine solche Bestimmung gegenwärtig zu machen. L. ult. D. Qui testam. fac. post. (XXVIII, 1.) verordnet daher: „Eius bona, qui se Imperatorem facturum heredem esse iactaverat, a fisco occupari non possunt;“ denn man betrachtete solche Erklärungen als Pollicitationen, s. *Pauli* Rec. Sent.

liche Aufsatz, der eine solche Erbeinsetzung enthält, durch des Erblassers erweisliche Erklärung, daß derselbe seinen letzten Willen ausdrücke, rechtsgültig werden. Da in diesem Falle eine solche Erklärung alle Form ersetzt, so kommt sodann die Vorschrift der Novelle 107, Cap. 1, nicht in Betracht, indem diese sich bloß auf eine Urkunde bezieht, welche durch sich selbst bestehen soll. Es wird mithin ein gänzlich von einem Dritten geschriebenes Testament auf diese Weise rechtsbeständig zu erachten seyn; denn die Worte der Notariatsordnung a. a. O.: „da kein Andrer ihr Testament zuvor gemacht," haben eine andre Beziehung, wie vorhin bemerkt ist.

12. In Ansehung der Vermächtnisse, welche in einem mündlich errichteten, oder durch mündliche Erklärung des Erblassers rechtsbeständigen Testamente der Eltern fremden Personen ausgeworfen werden, kann man nicht von denselben Grundsätzen ausgehen. Denn die in dem Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern ge-

---

V, 12, 9, und daher unverbindlich, s. L. 6. C. qui testam. (VI, 22.). Noch bestimmter drückt sich hierüber L. 24. D. de testam. mil. (XXIX, 1.) aus: „Caeterum si, vt plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: ego te heredem facio, aut: tibi bona mea relinquo; non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti; alioquin non difficulter post mortem alicuius militis testes exstiterint, qui affirmarent, se audisse, dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit; et per hoc iudicia vera subvertuntur." S. auch §. 1. I. de milit. test. (II, 11.).

gründete Begünstigung solcher Verfügungen fällt hier hinweg; daher die römische Gesetzgebung Vermächtnisse der gedachten Art von den elterlichen Willensbestimmungen unter Kindern stets sonderte, und entweder ganz davon ausschloß, oder doch andern Formen unterwarf. Die Notariatsordnung kann also nur von den Verfügungen unter Kindern verstanden, und die darauf gegründete Praxis bloß darauf bezogen werden.

Ein solches Vermächtniß besteht mithin nicht kraft der bloßen erweislichen Willenserklärung des Erblassers, sondern erfordert die gesetzlichen Formen. Es muß also wenigstens unter Beobachtung der, den Codicillen vorgeschriebenen, Feierlichkeiten errichtet, oder aber dem gegenwärtigen Erben vom Erblasser ausdrücklich auferlegt werden. In diesem letzten Falle bestehet es nemlich vermöge dieser Auflage, und es genügt, dieselbe auf gewöhnliche Weise darzuthun, falls der Legatar sich deshalb nicht auf die Eideszuschiebung beschränken will [33]).

---

[33]) Die bekannte Vorschrift der L. ult. C. de fideicommissis (VI, 42.) und des §. fin. I. de fideic. hered. (II, 23.) enthält nichts neues, vielmehr nur eine Ausbildung längst eingeführter Grundsätze, — L. 25. D. de rebus dubiis (XXXIV, 5.). Hugo Rechtsgesch. S, 561 und 597. Daß dabei die mündliche Auflage die Form ausmache, die Eideszuschiebung aber, ohne die andern Beweismittel auszuschließen, nachgelassen sey, führt gut aus; Süptiz, über den Beweis eines Oralfideicommisses, Helmstädt 1804; vergl. auch *Pufendorf* Animadv. 85; *Wernher* P. III. Obs. 2; a. M. sind *I. H. Böhmer*, de codicillis absque testamento validis; *Menken* opusc. no. 19; *Berger* Oes. J. II, 4, §§. 8.

IV. Von den Annotationen der Eltern und ihren Wirkungen.

13. Unter den Annotationen der Eltern werden bekanntlich diejenigen schriftlichen Nachrichten verstanden, welche die Eltern über den Betrag des, bei ihrem Leben den Kindern zugewandten, Guts hinterlassen. Ihre rechtliche Beziehung geht auf die Verbindlichkeit der Kinder, diese Zuwendungen bei der Erbtheilung einzuwerfen. Indem nemlich zuerst die Collation, bei dem zum Erben mit eingesetzten emancipirten Sohne, eine Auflage des Erblassers voraussetzte, nachmals aber in Ansehung der Schenkungen und der Mitgaften der Töchter die Regel für deren Einwerfung aufgestellt ward, falls der Erblasser dieselbe nicht untersagt hat [34]), und man ferner die Grundsätze von der elterlichen Vermögenstheilung auf solche Bestimmungen der Eltern anwandte; so bildete sich die Theorie, daß Erlaß und Auflage der Gütereinwerfung vermöge einer jeden Art der Willenserklärung von den Eltern geschehen könne, ja selbst von denselben hinterlassene schriftliche Nachrichten, oder Aufzeichnungen über den Betrag der ihren Kindern bei ihrem Leben zugewandten Güter, bei der Collation befolgt werden müßten. Diese Meinung mußte, da sie sich auf keine feste Grundlage stützt, eine große Verschiedenheit der Ansichten veranlassen, und so wird es nützlich seyn, dieselbe aus den davon handelnden Gesetzstellen zu entwickeln und zu prüfen.

---

[34]) L. 1. 7. C. de collationib. (VI, 20.) vergl. mit Auth. Ex testamento C. eod. tit. et Nov. 18, c. 6.

Ward dem Erblasser nachgelassen, gewisse einzelnen seiner Nachkommen zugewandte Güter, welche sonst als absichtliche Begünstigungen betrachtet und deshalb von der Einwerfung ausgenommen seyn würden, der Collation zu unterwerfen; so bezog die Gesetzgebung solches einzig auf Verfügungen in dem Testamente, worin der zur Einwerfung gerufene Emancipirte zum Erben ernannt war. Das zeigt L. 1. C. de collat. (VI, 20.). „Emancipatos liberos testamento heredes scriptos et ex eo successionem obtinentes, a patre donata fratribus conferre non oportere, si pater, vt hoc fiat, supremis iudiciis non cavit, manifesti iuris est.“ Ein Gleiches ergiebt sich aus L. ult C. commun. utriusque iudic. (III, 38.). „— ille autem testamento condito, vel filios suos, vel extraneos scripserit heredes, et nihil de huiusmodi rebus, — disposuerit, —.“ Daher muß man annehmen, daß bis zu Justiniaus Zeiten, von welchem das letzte Gesetz sich herschreibt, eine solche Abweichung von der Regel durch elterliche Verfügung nur vermöge eines ordentlichen letzten Willens begründet werden konnte.

Spätere Gesetze dieses Kaisers, indem sie die Geschenke und den Töchtern gezahlte Brautgaben der Collation unterwerfen, so lange der Erblasser darüber nicht ein Anderes verfügt, gehen jedoch hiervon ab. So verordnet Nov. 18, cap. 6: „Sancimus — sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus, — omnino esse collationes et exinde aequalitatem, secundum quod olim dispositum est, nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem, sed habere eum qui cogitur ex

lege conferre et quod iam datum est et ex iure testamenti, —." Fast gleiche Worte enthält die hieraus genommene Auth. Ex testamento C. de collation. (VI, 20.). Da nemlich hier der Fall der Inteſtaterbfolge mit umfaßt wird, ſo muß auch ohne Teſtament eine elterliche Verfügung der erwähnten Art wirkſam ſeyn, und einen Erlaß von der Pflicht zur Einwerfung begründen. Immer aber bleibt es unentſchieden, einmal: ob eine ſolche Verfügung von aller Form entblößt und durch die bloße Handſchrift der Eltern beſtehen könne? und dann, da hier bloß von dem Erlaß der geſetzlichen Einwerfung gehandelt wird, ob von der Auflage der Collation, in einem davon den Rechten nach ausgenommenen Falle, daſſelbe anzunehmen ſey?

Das neueſte Geſetz über dieſen Gegenſtand iſt die Nov. 48. Nachdem ſie in der Einleitung den Grundſatz aufgeſtellt hat: „Semper hanc unam habemus intentionem, dispositiones morientium esse firmas; nisi resultent legi et aperte contrariae sunt iis, quae illi placent" —; fährt ſie fort: Cap. 1. „Sancimus igitur, si quis descriptionem faciens, sive propria manu, sive per alterius quidem scripturam, a se autem subscriptam, aut in suis testamentis substantiae suae mensuram faciat manifestam, heredibus forte aliis quidem praesentibus, aliis vero absentibus, aut etiam omnibus praesentibus; non licere heredibus contra hoc resultare, neque dicere quia aliquis heredum celaverit res extra ea quae dicta sunt a defuncto. Sed si quidem iusiurandum moriens praebuerit, et iuraverit secundum sua te-

stamenta quia [55]) nihil est aliud ei praeter haec; hoc amplecti heredes sive filii, sive etiam extranei sint, et neque tergiversari, neque calumniari suos coheredes, neque ob hoc servos quaerere ad tormenta deducere, et alia similia discutere et perscrutari quae solius sunt conventionis, alterius autem penitus nullius, utpote dum substantia videtur esse tanta, quantam testator iurans, hanc solam apud heredes inveniri voluit. §. 1. Sed haec quidem inter heredes, qui curiosi videntur in defuncti esse substantia, valere volumus; non tamen hoc ratum esse et inter creditores;“ seq. Der Sinn dieſes Geſetzes iſt folgender. Nicht bloß ausdrückliche Beſtimmungen über die Gütereinwerfung ſind für die Erben verbindlich, ſondern der Wille des Erblaſſers iſt auch dann entſcheidend, wenn er durch eine Angabe ſeines, auf die Erben übergehenden, Vermögens ſich in ſolcher Hinſicht mittelbar erklärt hat. Denn nur eine Abſicht dieſer Art, oder der Wunſch, künftigen Nachforſchungen über den Beſtand der Erbſchaft vorzubeugen, konnte den Erblaſſer beſtimmen, den Betrag derſelben anzugeben. Eine ſolche Verfügung muß aber, wenn ſie nicht mündlich den gegenwärtigen Erben eröffnet iſt, vom Erblaſſer entweder geſchrieben, oder wenigſtens unterſchrieben ſeyn; und tritt eine eidliche Beſtärkung hinzu, ſo ſchließt ſie jede Nachforſchung aus, und die auf dieſe Weiſe gemachte Angabe des Nachlaſſes muß, ohne daß ein Ge-

---

55) Das Wort quia wird hier, wie kurz zuvor, für quod gebraucht.

genbeweis zugelassen werden könnte, zur Grundlage der Erbtheilung angenommen worden.

Da dieses Gesetz bloß von einer Bestimmung des zu vererbenden Vermögens durch den Erblasser redet, dahin aber die früher einzelnen Erben zugewendeten Güter nicht mehr zu rechnen sind; so kann es von einer Auflage zur Gütereinwerfung überall nicht verstanden werden. Vielmehr muß man es hinsichtlich der Collation allein auf einen Erlaß derselben beziehen, der daraus hervorgeht, daß der Erblasser dasjenige, was etwa der Eine oder Andere seiner Erben von seinem Vermögen unter Händen hat, unter dem wirklichen Bestand angiebt. So stimmt daher diese Verordnung mit der in der Nov. 18, cap. 6, enthaltenen Bestimmung überein: und da mithin nur L. 1. C. de Collationibus (VI, 20.) von einer Auflage zur Gütereinwerfung in gesetzlich davon ausgenommenen Fällen handelt, von dem Erlaß einer Verbindlichkeit aber auf deren Begründung nicht geschlossen werden kann; so muß angenommen werden, daß die Verpflichtung zur Collation durch eine Verfügung des Erblassers bloß dann begründet wird, wenn diese in einem letzten Willen, einem Testamente oder Codicille, enthalten ist. Dieses ist auch den Grundsätzen angemessen, da eine solche Auflage zur Gütereinwerfung ein Vermächtniß für die Miterben einschließt.

14. Ist es aber unstatthaft, die Verbindlichkeit zur Collation aus einer jeden Willensandeutung des Erblassers hervorgehen zu lassen; so kann den bloßen Auf-

zeichnungen der Eltern auch die Wirkung nicht beigelegt werden, in einem übrigens nach der Bestimmung der Gesetze der Gütereinwerfung unterworfenen Falle, den Belauf des einzuwerfenden Guts über jede Erörterung hinaus festzusetzen. In sofern nemlich eine solche Angabe die Wahrheit übersteigt, würde hiedurch den Miterben auf eine ungesetzliche Weise ein Vermächtniß zugewendet werden; und wenn die Einwerfung eines wirklich empfangenen Vortheils, wo die Gesetze sie nicht vorschreiben, einzig vermöge einer letztwilligen Verfügung in gesetzlicher Form auferlegt werden kann, wie könnte die Verpflichtung zur Anrechnung einer nicht erhaltenen Begünstigung in einer von aller Förmlichkeit entblößten schriftlichen Bemerkung gegründet werden? Zwar ist es Rechtens, daß ein unrichtiger Grund das Vermächtniß nicht ungültig mache [36]), und ein solches auf jede Weise ausgedrückt werden könne [37]); allein dieses beziehet sich nur auf die Bezeichnung seines Gegenstandes und des bestimmten Empfängers, so wie auf die Einkleidung der Willensäußerung, keinesweges aber auf die Form der Verfügung [38]). Also können solche Aufzeichnungen der Eltern, falls der Erbe, den sie betreffen, den angegebenen Belauf des einzuwerfenden Guts leugnet, ein Beweisverfahren nicht ausschließen,

---

[36]) L. 17, §. 2. L. 72, §. 6. D. de condit. et demonstr. (XXXV, 1.) §. 31. J. de legatis (II, 20.).

[37]) L. 21. pr. D. de legatis 3 (XXXII.)

[38]) Hufeland Lehrb. d. Civil-R. §. 1195.

und es fragt sich nur, ob schriftlichen Nachrichten dieser Art nicht wenigstens einige Beweiskraft beizumessen sey, und in welcher Maße?

Diese Aufzeichnungen sind ihrer Natur nach nur als eine gewöhnliche Bescheinigung über die Wahrheit einer Thatsache zu betrachten, und ihre Beweiskraft ganz nach den Grundsätzen von Privat-Urkunden zu würdigen. Die L. 5. C. de probationibus (IV, 19.) verordnet nun hierüber: „Instrumenta domestica, seu privata testatio, seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt.“ Und obwol hier nicht gesagt ist, ob diese Entscheidung sich auf den Beweis unter den Erben, oder gegen einen Dritten bezieht; so kann dieser Unterschied keinen Einfluß auf die Anwendung jener gesetzlichen Bestimmung haben, da theils die erwähnten Aufzeichnungen hier nicht als Verpflichtungsgrund, sondern allein als Bescheinigungen angesehen werden können, auf deren Beweiskraft aber das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern keinen Einfluß haben kann; theils die oben angeführte Novelle 48 die vollständige Beweiskraft solcher Angaben der Eltern, selbst in Beziehung auf deren Kinder, von der eidlichen Bekräftigung durch den Erblasser abhängig macht. Die elterlichen Annotationen vermögen also nicht, allein ihren Inhalt zu erweisen, und bedürfen unterstützender Umstände, um solchen Beweis zu erfüllen; so daß es der Beurtheilung des Richters überlassen bleibt, welches Gewicht einer solchen Angabe in jedem einzelnen Falle beizumessen sey, zu bestimmen, und überhaupt ein Ge-

genbeweis, au wo die Umstände die Aufzeichnung unterstützen, nachgelassen werden muß [39]).

15. Die entgegenstehende Meinung gründet sich in der Achtung, welche die Gesetze in so verschiedener Beziehung dem Willen der Eltern zu bezeigen vorschreiben; und besonders auf die, in der Novelle 48 und den Gesetzen über die elterliche Vermögenstheilung ausgesprochenen, und in Anwendung gebrachten Grundsätze [40]). Allein jene Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern hat die Gesetzgebung nur bestimmt, von den, für die letzten Willensverordnungen vorgeschriebenen, Formen abzuweichen, nicht aber sie den Eltern gänzlich zu erlassen; und wenn sie bei der Vermögenstheilung nicht mehr als die Unterschrift des Theilenden erfordern, so bezieht sich solches nach dem Begriffe und dem Zwecke einer solchen Theilung, auf eine wirkliche Verfügung, welche von einer bloßen Angabe von Thatsachen wesentlich verschieden ist [41]). Auch dürfte von einer Theilung, wo alle Kinder mehr oder weniger berücksichtigt werden, kein Schluß auf eine Erklärung zu machen seyn, die ein einzelnes zu begünstigen oder

---

39) *Becmannorum* Cons. I. p. 286. *M. G. Wernher* lectiss. comment. ad P. L. 37. c. 6. §. 14. *Müller* Obs. ad Leys. No. 639. Thibaut, Syst. §. 1177.

40) *Leyser* Med. ad D. Sp. 418. m. 2—4. *Hellfeld* Jur. for. §. 1166.

41) *Mevius* Decis. P. IV, dec. 233, sucht die Frage durch Unterscheidung der verba dispositiva und enunciativa beizulegen, und so einen Mittelweg einzuschlagen.

zu beschweren bezweckt. Die in der Novelle 48 aufgestellten Grundsätze sind theils als ratio legis zu betrachten, und also von der gesetzlichen Bestimmung wol zu unterscheiden, theils in der Verordnung dieses Gesetzes selbst nicht unbedingt angewendet worden, da die vollständige Wirkung elterlicher Angaben der gedachten Art von ihrer eidlichen Bestärkung abhängig gemacht ist.

Andere, für diese Meinung angeführte, Argumente bedürfen keiner Widerlegung. Dahin gehört die, aus den L. 32, §. 1. D. de Legibus (I, 3.), L. 1, §. 4. D. quod iussu (XV, 4.), und L. 5, D. rat. rem. hab. (XLVI, 8) abgeleitete, Analogie. Denn wo eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel begründet werden soll, und daher die Gültigkeit dahin zweckender Verfügungen von gewissen Formen abhängig gemacht ist, kann kein Grundsatz anwendbar seyn, der sich bloß auf die verschiedenen Arten, seinen Willen zu erklären, beziehet, und dabei die Wirksamkeit solcher Erklärungen voraussetzt, oder dahin gestellt seyn läßt.

Die L. 26, pr. D. depositi (XVI, 3.) handelt allein vom Hinterlegungsvertrage, und entscheidet, was aus jedem Contractsverhältnisse folgt, daß der Contrahent die Bedingungen desselben zu halten habe, läßt aber die Wirkung solcher Bedingung hinsichtlich der Rechte des etwa miterbenden Ehemannes der Deponentin unentschieden, oder betrachtet deren Sohn erster Ehe als einzigen Erben.

L. 14, D. de dote praelegata (XXXIII, 4.) geht von einer förmlichen letztwilligen Verfügung aus, und han-

delt nur von der Wirkung einer gegen einen Dritten gemachten Eröffnung über einen Punkt des letzten Willens. Diese Gesetzstelle steht überdem um so weniger der ausgeführten Meinung entgegen, da sie den Erfolg einer solchen Willenserklärung vom Ermessen des Richters abhängig macht.

VII.

Beiträge zu der Lehre von der Rechtshängigkeit und Prävention.

---

1. Die Rechtshängigkeit einer Streitsache bezeichnet die Einführung eines Rechtsstreites bei dem zuständigen Gerichte, in Beziehung auf die davon abhängenden Wirkungen derselben, sowol in Ansehung der Klage und ihres Gegenstandes, als auch der streitenden Theile und des Gerichts. So umfassend dieser Begriff ist, so schwankend ist er auch durch den verschiedenen Sprachgebrauch der Rechtslehrer geworden [1]), welche die Prävention theils darunter begreifen, theils dieselbe sogar damit verwechseln. Beide, Rechtshängigkeit und Prävention, sind aber wesentlich von einander verschieden. Denn wenn jene, die Rechtshängigkeit, unter andern Folgen auch die Nothwendigkeit begründet, einen

---

1) Man vergleiche nur *Lauterback* Coll. XLIV, 1. 21. Claproth ord. Prvz. I. §. 43. Danz ord Proz. §. 38. *Malblanc* Princ. Jur. Rom. §. 223, Thibaut Syst. §. 1123, und Martin Proz. (4te Aufl.) §. 146.

einmal begonnenen Rechtsstreit in derselben Instanz vor dem damit befangenen Richter bis zu dessen Beendigung fortzusetzen; so wird die Zuständigkeit des Richters dabei als ausgemacht angenommen, und nur in Ansehung künftiger Veränderungen des Gerichtsstandes der Parteien sicher gestellt. Hingegen bezieht sich die Prävention allein auf die Competenz des Gerichts, indem sie unter mehrern gleich zuständigen Richtern demjenigen den Vorzug giebt, welcher von einem der streitenden Theile zuerst angegangen ist [2]).

Haben mithin verschiedene Gerichte eine concurrirende Gerichtsbarkeit, wie vormals der Reichshofrath und das Reichscammergericht, und in einigen deutschen Staaten die Justizkanzleien und Hofgerichte; können beide Theile hinsichtlich desselben Gegenstandes als Kläger auftreten und deshalb verschiedene Richter anrufen; so entscheidet die Prävention über die Competenz, welche nunmehr dem zuerst angegangenen Richter ausschließlich zusteht. Die klagbar gewordene Partei hat dort durch die getroffene Wahl des Rechts, einem andern Richter ihre Sache zu unterwerfen, sich begeben, und hier dem Gegentheile, indem sie demselben zuvorgekommen ist, die Befugniß entzogen, durch Anbringen der Klage die Gerichtsbarkeit eines andern Gerichts zu begründen [3]).

---

2) *Pütter* de praeventione atque inde nata praescriptione fori (Opusc: No. II.) §. 3 et 87 seq. Martin Proz. §. 65 und §. 140.

3) *Huber* Prael. Jur. Civ. ad Pand, II, 4, §. 19, No. III; geht jedoch zu weit, wenn er aus der Prävention bloß dem

Trifft es sich hingegen, daß der Beklagte nach Eröffnung des Rechtsstreits seinen Gerichtsstand verändert, so bleibt der mit der Sache einmal befangene Richter darin allein zuständig, und zwar vermöge der Rechtshängigkeit; denn von der Prävention kann in dieser Voraussetzung keine Rede seyn, wo ein Zusammentreffen mehrerer zugleich zuständiger Gerichte beim Anfange des Rechtsstreites nicht angenommen wird.

2. Die Vorladung allein begründet die Prävention, dieses ist außer Zweifel [4]), streitig aber: ob zur Rechtshängigkeit nach römischem Rechte nicht auch die Einlassung des Beklagten erfordert werde?

Das Hauptgesetz, L. 30. D. de iudiciis (V, 1.): „Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet," kann allerdings nur von der Einlassung verstanden werden; und die L. 7. eodem [5]), und L. 19. D. de iurisdictione (II, 1.) [6]) stehen damit

---

Richter ein Recht, nicht aber der Partei eine Einrede gestattet.

4) *Pütter* l. c. §. 13 seq.

5) „Si quis, posteaquam in ius vocatus est, milcs vel alterius fori esse coeperit, in ea caussa ius revocandi forum non habebit, quasi praeventus."

6) „Cum quaedam puella apud competentem iudicem litem susceperat, deinde condemnata erat, posteaque ad viri matrimonium alii iurisdictioni subiecti pervenerat; quaerebatur: an prioris iudicis sententia exsequi possit? Dixi posse, quia ante fuerat sententia dicta. Sed etsi post susceptam cognitionem, ante sententiam, hoc eveniet; idem putarem, sententiaque a priore iudice

nur scheinbar im Widerspruche. Denn das erste dieser beiden Fragmente handelt zwar keinesweges allein von der Prävention, sondern auch von der Rechtshängigkeit in Ansehung der, im vorigen § erwähnten, Wirkung derselben; gedenkt jedoch der Vorladung nicht als des Grundes dieser Wirkung, und läßt es ungewiß, ob in dem daselbst angenommenen Falle der ergangenen Ladung nicht mehrere Handlungen des Prozesses bereits gefolgt waren? indem der Ausdruck: „posteaquam in ius vocatus est," nur andeutet, daß der Rechtsstreit einmal begonnen habe; so wie wir sagen würden: nachdem er schon belangt worden, u. s. w. [z]). Und die letzte Gesetzstelle nimmt zwar im Gegentheile an, daß es nicht bei der Ladung geblieben sey, vielmehr eine Einlassung Statt gefunden habe, jedoch ebenfalls ohne diese wie die Bedingung der gedachten Wirkung aufzustellen. Sie stellt nemlich bloß den Grundsatz auf: es verbleibe der mit der Rechtssache befangene Richter, einer nachmals eingetretenen Veränderung des Gerichtsstandes des Beklagten ungeachtet, zuständig, ohne zugleich anzudeuten,

---

recte fertur. Quod generaliter et in omnibus huiuscemodi casibus observandum est."

[z]) Wenn *Pütter* l. c. §. 29 die L. 7. D. de iudiciis (V, 1.) mit L. 30, eodem dadurch zu vereinigen sucht, daß er jene allein von der Prävention erklärt, so hat er sich durch den Schluß: „in ea caussa ius revocandi forum non habebit, quasi praeventus," verleiten lassen, und den, in diesem Fragmente vorausgesetzten, Fall einer erst nachmals mit dem Gerichtsstande des Beklagten eingetretenen Veränderung unbeachtet gelassen.

daß nur die Einlassung, nicht aber die Ladung schon an sich diese Wirkung hervorbringe. Eine Erklärung, die um so weniger zweifelhaft ist, als eigentlich der Einlassung selbst hier nicht ausdrücklich Erwähnung geschieht, indem die Worte: post susceptam cognitionem, lediglich auf den Richter zu beziehen, keineswegs aber gleichbedeutend mit dem Ausdrucke der L. 30. cit. acceptum judicium, sind. Da nun aber sogar von diesem zuletzt erwähnten Fragmente dasselbe gilt, daß es nemlich nur für einen angenommenen Fall eine Entscheidung giebt, nicht aber den Grundsatz aufstellt: die Einlassung allein, und nicht die Ladung, begründet die Rechtshängigkeit; so kann nur L. 4. C. de in ius vocando (II, 2.) die Frage auflösen. Zwar ist diese Constitution nicht glossirt [3]), allein es kommt hier nur auf einen historischen Beweis über die Ansicht der Römer von dem Grunde der Rechtshängigkeit an; und unstreitig ergiebt sich daraus, daß die Ladung allein schon diese begründet habe. „Qui semel," heißt es daselbst, „in ius vocavit aliquem, — apud eundem iudicem permaneat. §. 1. Qui libellum accepit, etiamsi in aliud officium translatus sit, miles forte, vel clericus factus, respondeat omnino in primo foro, quod secundum primam eius conditionem censetur competens, —. §. 2. Qui semel in ius vocavit, si post admonitionem reo oblatam," caet.

---

[3]) Sie ist von Cujas aus den Basilicken hergestellt. S. dessen Observ. et emendat. L. XIII, cap. 11.

Daß sowol das canonische Recht, als die Reichsgesetze, die Rechtshängigkeit von der Ladung allein abhängig machen, ist bekannt und der Gerichtsgebrauch darüber außer Zweifel [9]).

3. Die Gesetze haben vorzüglich des Richters Zuständigkeit und des Beklagten Verpflichtung vor Augen gehabt, die Verbindlichkeit des Klägers aus der Einführung einer Klage hingegen unentschieden gelassen. Es fragt sich daher: ob der Kläger, durch Auswirkung der Vorladung seines Gegners, sich selbst zur Fortsetzung des eingeleiteten Rechtsstreites vor dem einmal angegangenen Richter verpflichte?

Die im vorigen §. angeführte Constitution, L. 4. C. de in ius vocando (II, 2.), entscheidet diese Frage deutlich wider den Kläger, indem sie im §. 2 verordnet: „Qui semel in ius vocavit, si post admonitionem reo oblatam eum ad alium iudicem ob easdem causas vocaverit, et eum indemnem praestet et causa cadat etsi justam habuit actionem.“ Allein da diese Verordnung keine gesetzliche Kraft bei uns hat, mithin einen Grundsatz für uns aufzustellen nicht geeignet ist, und es über-

---

[9]) Clem. 2. vt lite pend. „Litem pendere censemus postquam a iudice competente in ea citatio emanavit et ad partem citatam pervenit.“ Cap. 19, X. de foro compet. Reichshofr. Ordn. Tit. II, §. 8. *Pütter* l. c. §. 41. ibid. all. DD. *Malblanc* Consp. rei iud. §. 149. Glück's Komm. III. §. 348 f. Grollmann ger. Verf. §. 32. *Becmannorum* Cons. et Resp. II, pag. 219. G. L. Böhmer Rechtsf. III, 21 Abschn. No. 238, §. 6; u. A. m.

dem bedenklich scheinen möchte, den Schritten eines Klägers bei Einführung des Rechtsstreites bis zu des Beklagten Einlassung, also bloß einseitigen Handlungen, die Wirkung beizulegen, daß der Kläger dem durch die Vorladung erworbenen Rechte nicht sollte gültig entsagen und seine Klage bei einem andern gleich zuständigen Gerichte anbringen können; so wird die Sache zweifelhaft. Dennoch ist der Kläger gleichmäßig durch die ausgebrachte Ladung verpflichtet, und die Einreden der Prävention und Rechtshängigkeit stehen wie ihm, so auch dem Beklagten zu. Die Rechte beider Theile sind nemlich in Beziehung auf die, zur gerichtlichen Verhandlung gebrachte, Streitsache in Regel einander gleich. „Non debet actori licere“ verordnet L. 47. pr. D. de reg. iuris (L. 17,) quod reo non permittitur. Ueberdem gestatten andere Gesetze, dem Beklagten ausdrücklich aus der bloßen Vorladung das Recht, den Kläger zur Fortsetzung der Sache anzuhalten [10]); und obwol sie solches ohne Rücksicht auf Prävention und Rechtshängigkeit thun, so gehen sie dabei doch von dem Grundsatze aus, daß

---

[10]) L. 13, §. 2. C. de iudiciis (III, 1.); Nov. 112, cap, 3, §. 1. „Si vero apud iudicem initium lis non acceperit, sed tantum conventionali libello quicunque pulsatus est, etiam sic licebit pulsato ire ad competentem iudicem et per eum suum adversarium simili modo vocare;“ caet. — Auth. Qui semel C. Quomodo et quando (VII, 45.). „Qui semel actionem proponit, sive conventione iudiciaria, sive precibus Principi oblatis, iudicique insinuatis, et per eum adversario cognitis; necesse habet, usque ad finem litem exercere.“

die Ladung allein dem Beklagten Rechte gegen den Kläger begründe. Endlich liegt ja in dem Ausbringen der Ladung des Klägers Erklärung über den Anfang des Rechtsstreites und über die Wahl des Richters, und zwar nicht allein in Beziehung auf die Klage, sondern auch hinsichtlich der Wiederklage, und mithin eine Verpflichtung, jetzt vor dem angegangenen Richter Recht zu geben und zu nehmen [11]). Die Rechtslehrer machen daher in dieser Materie keinen Unterschied zwischen Kläger und Beklagten [12]).

4. Eine andere nicht unerhebliche Frage: Ob der Ungehorsam einer Partei ihre, aus der Rechtshängigkeit und Prävention erworbenen, Rechte nicht aufhebe oder verändere? verdient ebenfalls eine Erörterung, da sie nur berührt, nicht aber gehörig ausgeführt sich findet.

Wird der in der Vorladung angesetzte Termin, nach unserm gerichtlichen Sprachgebrauche, circumducirt, indem keiner der streitenden Theile sich einfindet, so hebt sich, gleichsam durch Uebereinkunft unter den Parteien, die Wirkung der ergangenen Ladung auf, die Instanz ist, dem Klagrechte unbeschadet, erloschen, und eben daher fallen Rechtshängigkeit und Prävention hinweg. Die Hauptstelle hierüber, L. 73. §. 2. D. de iudiciis (V, 1.), drückt sich bestimmt aus: „circumducto edicto

---

11) Nov. 96, cap. 2. Die für diese Meinung von *Pütter* a. a. O. ausgeführten Gründe möchten allein nicht genügen.

12) Danz, ord. Proz. §. 39. Glück, Comm. III, S. 348. Martin Proz. §. 140.

(sc. peremtorio) videamus, an amplius reus conveniri possit? an salva quidem lis est, verum instantia tantum edicti perierit? Et magis est, ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.“ Die Verbindung dieser Stelle mit dem nächstvorhergehenden Paragraphen desselben Fragments ergiebt nemlich, daß hier der angenommene Fall vorausgesetzt wird, wo der Kläger nicht erschienen ist, und der Beklagte wenigstens keinen Antrag gemacht hat. Auch ist es wol keinem Zweifel unterworfen, daß die auf Prävention oder Litispendenz gegründete Competenz eines Richters von diesem nicht von amtswegen, sondern allein auf Anrufen einer Partei geltend gemacht werden kann. Schon deshalb muß den streitenden Theilen die Befugniß zugesprochen werden, so wie durch Einverständniß einem an sich unzuständigen Gerichte ihre Streitigkeit zu unterwerfen, so auch die einmal begründete Competenz des angegangenen Richters, vermöge einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, unwirksam zu machen [13]).

Bleibt nun der Beklagte allein zurück, so versteht es sich, daß er dem Kläger eine rechtlich erworbene Befugniß dadurch nicht entziehen kann, diesem also die Einreden der Prävention oder Rechtshängigkeit zustehen, wenn Beklagter nachmals die Sache vor einen andern Richter zu bringen suchen sollte; sobald nur der Kläger

---

[13]) *Pütter* l. c. §. 73. Danz a. a. O. §. 119. Martin a. a. O. §. 63; A. m. ist aus unzureichenden Gründen, Glück a. a. O.

seiner Seits auf Fortsetzung der Sache vor dem zuerst angegangenen Richter sich beziehende Anträge gemacht hat. Denn das bloße Erscheinen ohne solchen Antrag wird nicht berücksichtigt, und der Termin auch in diesem Falle durch das Stillschweigen circumducirt seyn. Dort aber heißt es, nach L. 173. §. 2. D. de Reg. Jur. (L, 17.): „unicuique sua mora nocet:“ [14]).

Erscheint hingegen der Beklagte allein, so stehen demselben bekanntlich drei Wege gegen den zurückgebliebenen Kläger offen. Er kann nemlich entweder um Freisprechung von der Instanz bitten, oder durch Einlassung und etwa erforderliche Beweisführung die Sache einseitig zur Entscheidung bringen, oder aber den Kläger zu deren Betrieb anhalten lassen [15]). Daß die Wirkungen der Prävention und der Rechtshängigkeit in den beiden letzten Fällen eintreten, ist außer Zweifel. Ob aber der Beklagte, welcher die Freisprechung von der Instanz wegen des Klägers Ungehorsam ausgewirkt hat, diesem die Einreden der Litispendenz oder der Präven-tion entgegensetzen könne, wenn er von ihm bei einem andern Gerichte belangt wird? könnte gefragt werden. Da der Beklagte durch den eingeschlagenen Weg auf die Fortsetzung der Sache vor dem damit befangenen Richter verzichtet, und sich des in dieser Hinsicht ihm

---

[14]) *J. T. Richter*, Sel. iur. princ ad ord. Dig. expos. Disp. IV, §. 5.

[15]) L. 73. D. de iudiciis (V, 1.). L. 13, §. 2. C. eod. tit. (III, 1.). Nov. 112, cap. 3. Cap. 1. de dolo et contum. in 6to, Cap. 3. X. eod. tit.

zustehenden Rechts begiebt, indem er sich darauf beschränkt, den Klageversuch des Gegners für das Mal abzulehnen, da die Freisprechung von der Instanz doch keine geringern Folgen haben kann, als die Aufhebung derselben durch Uebereinkunft oder beiderseitiges Zurückbleiben, nemlich wie L. 73, §. 2. D. de iudiciis sich ausdrückt: „ut — ex integro litigari possit.“ Da endlich der Kläger, indem er nunmehr von neuem Klage zu erheben und eine Vorladung auszuwirken hat, nothwendig das aus der ersten Ladung erworbene Recht verloren haben muß; so ist nicht nur jene Frage zu verneinen und sind dem Beklagten die gedachten Einreden zu versagen, sondern es wird auch dem Kläger nicht zu gestatten seyn, falls Beklagter desselben Gegenstandes wegen vor einem andern Gerichte klagbar gegen ihn werden sollte, die aus jener Klage hergeleitete Prävention und Rechtshängigkeit gegenwärtig wieder gelten zu machen.

VIII.

Von der Erbfähigkeit der, aus Inceſt, Ehebruch und verbotenen Ehen entſprungenen, Kinder. L. 6. C. de incestis nuptiis (V. 5.) Nov. 12, c. 1; Nov. 74, c. 6; et Nov. 89, c. 15.

Die verſchiedenen Anſichten der Rechtslehrer über das Erbrecht der, im Ehebruche, Inceſt, oder in einer verbotenen Ehe erzeugten, Kinder am Nachlaſſe ihrer Eltern [1]) rechtfertigen eine nochmalige Prüfung dieſer wichtigen Materie. Sie ſoll alſo hier aus den darüber vorhandenen Geſetzſtellen entwickelt werden.

I. Die Römer giengen bei Beſtimmung der Erbfähigkeit zwiſchen Eltern und Kindern von dem Grund-

1) *Koch* Succ. ab intest. §. 35. *Voet* L. 38, tit. 17, §. 9. *Malblanc* Pr. Jur. R. §. 782. *Madihn* Pr. J. R. P. IV, p. 44. Thibaut Syſt. d. P. R. §. 682. Hufeland Lehrb. d. C. R. §. 1073, 1, et 4. Glück Inteſtaterbf. §. 104 f. Ludolf Syſt. Entw. d. L. v. d. Inteſtaterbfolge, §. 98 f.

satze aus, daß die Mutter stets gewiß sey, der Vater aber vermöge einer Rechtsvermuthung aus der mit der Mutter bestehenden Ehe gefolgert werden müsse, und bestimmten denselben in Hinsicht der Intestaterbfolge dahin, daß außerehelich gezeugte Kinder anzusehen seyn sollten, als ob sie keinen Vater hätten [2]). So bildete sich die Regel: zwischen Vater und Kindern finde ein gesetzliches Erbrecht nur dann Statt, wenn diese aus einer Ehe entsprungen waren; hingegen komme es bei der Mutter darauf nicht an, vielmehr trete das Erbrecht zwischen derselben und ihren Kindern ohne Unterschied ein, diese möchten nun in einer Ehe oder außerehelich erzeugt seyn [3]).

Adoption und Legitimation begründeten Ausnahmen von dieser Regel, indem sie durch eine rechtliche Fiction die Kinder den ehelich erzeugten gleichstellten. Und da man den, bei den Römern sehr gewöhnlichen, Concubinat als eine, wo nicht gesetzmäßige, doch wenigstens erlaubte Verbindung betrachtete, mithin in diesem Falle, bei treffender Analogie von der Ehe, die Vaterschaft nicht zweifelhaft ansehen konnte [4]); so gewährte

---

[2]) §. 4. J. de Success. cognat. (III, 5.) „Vulgo quaesitos nullos habere agnatos manifestum est; cum agnatio a patre sit, cognatio a matre, hi autem nullum patrem habere intelligantur.“

[3]) §. 3. J. de SCto. Orphit. (III, 4.); L. 2 et 8, D. Unde cognati (XXXVIII, 8.); L. 1, pr. et §. 2. D. Ad SCto. Tertyllianum (XXXVIII, 17.).

[4]) S. Tit. D. de concubinis (XXV, 7.); Tit. C. de natural. liber. (V, 27.) Nov. 74, Nov. 89. L. 5. in fine, C. ad

man den natürlichen Kindern und ihrem Vater ein außerordentliches gegenseitiges Inteſtaterbrecht.

Die Befugniß überhaupt, oder eine gewiſſe Perſon zu heirathen, die Möglichkeit einer wirklichen Ehe, unterlag dabei gewiſſen Beſchränkungen, welche ihren Grund in dem Stande der Perſonen, in ihrer Verwandtſchaft zu einander und in dem Verbote der Polygamie hatten. Nur, wo dieſe geſetzlichen Hinderniſſe nicht eintraten, fand das connubium Statt [5]), und konnte eine rechtmäßige, die geſetzlichen Wirkungen der Ehe hervorbringende, Verbindung eingegangen werden.

2. Obwol nun eine, zwar unter der Form der Ehe, aber gegen die beſtehenden Verbote geſchloſſene, Verbindung für unwirkſam angeſehen werden mußte, ſo daß es keiner geſetzlichen Beſtimmung bedurfte, um die Erbrechte der Eltern und Kinder in einem ſolchen Falle feſtzuſetzen; vielmehr hier im Sinne der Geſetze kein Vater angenommen werden kann, und die Kinder nur als vulgo quaesiti zu betrachten ſind [6]); ſo beſtimmte

---

Sct. Orphit. (VI, 57.). Hugo, Rechtsgeſch. §. 271, vergleicht daher den Concubinat mit einer Ehe zur linken Hand.

5) *Vlpianus*, fragm. Tit. V, §. 2: „Justum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium sit; —.“ Et §. 3: „Connubium est uxoris iure ducendae facultas.“

6) §. 12. J. de nuptiis (I, 10.) „Si adversus ea, quae diximus, aliqui coïerint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae. nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coïtu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, “ caet

dennoch die Sittenlosigkeit der Zeiten den Gesetzgeber, die auf solche Verbindungen gesetzten Strafen in gewissen Fällen auf die daraus entsprungenen Kinder in soweit zu erstrecken, daß er ihnen sogar die Fähigkeit entzog, von ihren Eltern auf irgend eine Weise etwas zugewendet zu bekommen.

Es geschah dieses zuerst durch eine Constitution der Kaiser Arcadius und Honorius vom Jahre 396. L. 6. C. de incestis et inutilibus nuptiis (V, 5.): „Si quis incesti, vetitique coniugii sese nuptiis funestaverit; proprias quamdiu vixerit teneat facutates; sed neque uxorem, nec filios ex ea editos habere credatur. Nihil prorsus praedictis, neque per interpositam quidem personam, vel donet superstes, vel moriturus derelinquat. Dos, si qua forte solenniter data aut promissa fuerit, — fisci nostri commodis cedat; testamento suo extraneis nihil derelinquat, sed (sive testato, sive intestato) legibus ei et iure succedant, si qui forte ex iusto et legitimo matrimonio editi fuerint, hoc est de descendentibus filius“ caet. —, „de ascendentibus autem pater, mater,“ caet. „— Testandi sane ita habeat facutatem, ut his tantummodo personis pro iuris et legum, quod voluerit arbitrio relinquat, quas succedere mandavimus; —. Ea sane, quae de viris cavimus, etiam de foeminis, quae praedictorum sese consortiis commaculaverint, custodiantur. Memoratis vero personis non exstantibus, fisco locus pateat.“

Der Ausdruck und die Gedankenfolge in dieser Verordnung zeigen deutlich, daß sie bloß von Verbindungen handelt, die nach der Form der Ehe eingegangen

waren. Es ist hier ein Theil der Sanction ausgedrückt, womit die Uebertretung der Eheverbote verpönt sich fand, und die Erb- und Erwerbfähigkeit den aus solchen Verbindungen entsprungenen Kindern nur abgesprochen, weil sie als fremde Personen betrachtet wurden, und die Erbfolge in den Nachlaß der Eltern, so wie deren Befugniß über ihr Vermögen zu verfügen überhaupt gewissen Beschränkungen unterliegen sollte. War ein Eheverbot nicht verletzt, so konnte dieses Gesetz keine Anwendung finden, und es auf vorübergehende Vermischungen unter Personen, welche sich nicht heirathen durften, und die daher entsprossenen Kinder selbst nur analogisch zu beziehen, würde gegen den Begriff einer Analogie verstoßen. Denn, ungerechnet daß die Natur der Strafgesetze keine ausdehnende Erklärung gestattet, so leuchtet es ein, daß mit einer Handlung verknüpfte rechtliche Folgen nur da eintreten können, wo die im Gesetze vorausgesetzte Handlung in ihrer ganzen Maße vorhanden ist, und daß eine solche vorübergehende Vermischung von der, unter der Form der Ehe wider das Verbot eingegangenen, Verbindung eben durch den Mangel einer Uebertretung dieses Verbots sich unterscheidet.

3. Justinian verordnete hierauf im Jahre 535: Nov. 12. pr. „Pro incestis quidem nuptiis scriptas ab imperatoribus leges non perfecte habere judicamus, qui eos quidem, qui incestis copulantur nuptiis, impunitos sinunt, ex iis autem procedentem sobolem, utique inculpabilem exsistentem, privant rebus patris, —,“

Cap. 1. „Sancimus igitur de caetero, si quis illicitas, et contrarias naturae (quas lex incestas, et ne-

fandas, et damnatas vocat) contraxerit nuptias, si quidem non habuerit filios ex prioribus et inculpabilibus sibi contractis nuptiis, mox ei suarum rerum casum inminere; simul autem, et eorum quae nomine dotis data sunt ei, in nullo potiri; sed omnia aerario adsignari: eo quod dum licuerit nuptias facere legitimas, contra leges amaverit, et confuderit quidem sobolem, nocuerit autem et generi; egerit vero quae impia sunt et scelesta, et talia concupiverit, quae etiam irrationabilia amovent animalia; sitque ei poena non confiscatio solum, sed etiam cingnli privatio et exilium, et si vilis fuerit etiam corporis verberatio, quatenus discat caste vivere, et intra naturam se continere, non autem delectari et amare ultra terminum traditum nobis a natura. Muliere quoque, si legem sciens, hanc quidem neglexerit, incestis autem semetipsam tradiderit nuptiis, sub eadem constituenda poena.“

Cap. 3. „— Si vero haec nostra lex invenerit aliquem post tales nuptias, licentiam ille habeat, ex quo omnibus insinuata est, intra duos annos sic sibi copulatam dimittere conjugem, — sola quarta eius substantiae parte ad fiscum deferenda et ad filios omni alia substantia, quam eis tanquam innoxiis concedimus. — Si autem uxorem non dimiserit intra duos annos, ex quo lex fuerit publice insinuata, et ipse cadat sua substantia, et mulier dote, et supradicta fiat poena; tales quoque filii nihil ex paterna substantia habebunt, nec ex materna dote.“ —

Die Abweichung dieſer Verordnung von dem ältern Geſetze beſteht darin, daß den, eine das Eheverbot ver-

letzende Verbindung eingehenden, Personen nicht nur das Recht, über ihr Vermögen zu verfügen, gänzlich entzogen, sondern dasselbe, falls sie überall keine Nachkommen haben, zum Besten des Fiscus sofort entrissen, im entgegengesetzten Falle hingegen den Kindern, sind sie aus rechtmäßiger Ehe entsprungen, ohne Einschränkung (cap. 2.), sind sie aber in einer Verbindung der erwähnten Art erzeugt, sobald ihre Eltern binnen zwei Jahren diese Verbindung aufgeben würden, wenigstens zum Theil überwiesen werden soll; späterhin jedoch dieselben alles Erbrechts am Vermögen des Vaters und der Dos der Mutter verlustig werden. Uebrigens beziehet sich auch dieses Gesetz bloß auf solche Verbindungen, welche unter der Form der Ehe eingegangen sind. Nicht nur die mehrfach gebrauchte Bezeichnung: nuptiae, und der Ausdruck: sic sibi copulatam conjugem, sondern auch die Bestimmung eines zweijährigen Zeitraums zur endlichen Auflösung der bestehenden Verbindung (cap. 3.), ergeben dieses und daß hier nicht von einer vorübergehenden Vereinigung die Rede sey. Die mehr umfassenden Ausdrücke des cap. 1, müssen daher auf Rechnung des falschen Geschmacks und verdorbenen Styls der damaligen Zeit gesetzt werden.

4. In der, im Jahr 538 erlassenen, Nov. 74 handelt Justinian von der Legitimation der natürlichen, nemlich im Concubinate erzeugten Kinder, und schließt mit folgender Erklärung:

Cap. 6: „Si quid autem praeter haec fiat, non tamen ex conscripta procedat copulatione, erunt naturales; et quae a nobis largita sunt naturalibus, sive ex

testamento, sive ab intestato, potientur. Eos enim qui semel ex odilibus nobis, et propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis ulla clementia est; sed sit supplicium etiam hoc patrum, ut agnoscant, quia neque quidquam peccatricis concupiscentiae eorum habebunt filii [7]).

Da eine, den Eheverboten zuwider eingegangene, Heirath, indem sie als rechtmäßige Ehe nicht bestehen kann, leicht als ein Concubinat betrachtet werden konnte, eine solche Ansicht aber die, gegen dergleichen Verbindungen erlassenen, Gesetze in ihrer Wirkung geschwächt haben würde, so suchte der Gesetzgeber einem so nachtheiligen Irrthume vorzubeugen. Er erklärt daher, daß die in Verbindungen der erwähnten Art erzeugten Kinder nie den natürlichen Kindern gleichgeachtet werden sollten, ihnen also das diesen zugesicherte außerordentliche Erbrecht nicht zukommen könne, und vielmehr die Ueberzeugung, daß jene Kinder von ihnen nichts erhalten würden, einen Theil der die Väter treffenden Strafe ausmachen müsse.

Schon die Vergleichung mit dem Concubinate beweiset, wie die Benennung: nuptiae, daß hier von in Form der Ehe eingegangenen Verbindungen gehandelt werde; und übrigens enthält diese Stelle bloß eine Erläuterung in Beziehung auf den eigentlichen Gegenstand

---

7) Die, nicht leicht verständlichen, Schlußworte dieser Verordnung sind von *Hombergk zu Vach* so gegeben: Sciant, liberos ex prava ipsorum (parentum) concupiscentia natos nihil esse habituros.

der Verordnung, die Legitimation und gewisse Rechte der natürlichen Kinder, ohne hinsichtlich der Kinder aus verbotenen Heirathen die bestehenden Gesetze zu verändern. Selbst die Schlußworte: quia nec quicquam u. s. w., beziehen sich nur auf die, den Eltern in solchem Verhältnisse genommene Befugniß, ihren Kindern etwas letztwillig zuzuwenden, oder ohne Testament das Sechstheil der natürlichen Kinder zu übertragen.

5. Bald hierauf, im Jahre 539, ergieng das letzte Gesetz Justinians über diesen Gegenstand. Eine ausführliche Verordnung über die Rechte der natürlichen Kinder gab abermals dazu die Veranlassung. In der im Eingange erklärten Absicht, die ganze Gesetzgebung über diese Materie zusammenzustellen, giebt der Kaiser in der Nov. 89 eine Reihe von Bestimmungen, von dem mit dem Ausdrucke: natürliche Kinder bezeichneten Begriffe, von den verschiedenen Arten der Legitimation dieser Kinder, und von den gegenseitigen Erbrechten derselben und ihrer Eltern, und schließt mit folgender Verordnung:

Cap. 15. „Ultima siquidem nos pars legis expectat, ut ipsa competentem suscipiat ordinem, et enumeremus eos qui neque ipso naturalium nomine digni sunt. Primum quidem omnis qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias). aut nefariis, aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis audiatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium. Unde etsi certa a Constantino piae memoriae in constitutione ad Grego-

rium scripta, quaedam de talibus dicta sunt filiis: haec non recipimus; —."

Wie in den vorhergehenden, so ist auch in diesem Gesetze nur von den Kindern die Rede, welche aus einer, unter der Form der Ehe eingegangenen, Verbindung entsprungen sind. Bloß bei Kindern dieser Art konnte nemlich der Zweifel entstehen, ob sie nicht wenigstens denjenigen gleichgeachtet werden müßten, die in einem Concubinate erzeugt waren. Auch galt von Spuriis ohnehin die Regel, daß sie keinen Vater im rechtlichen Sinne des Wortes haben; und dieses mochte durch den Umstand nicht geändert werden, daß die Ursache ihres Daseyns zugleich einen Incest, oder einen Ehebruch enthält [s]). Ueberdem ergiebt die absichtliche Vermeidung des Ausdrucks: Ehe, nuptiae, daß der Gesetzgeber eine Verbindung vor Augen gehabt habe, welcher übrigens eine solche Benennung zugekommen wäre. Kinder nun, welche aus Verbindungen der erwähnten Art entsprungen sind, sollen nicht nur in keiner Hinsicht den natürlichen Kindern gleichgerechnet und der Rechte theilhaftig werden, die den letzten in jener Verordnung zugesichert sich finden, sondern sogar keinen Anspruch auf Alimente von ihren Vätern haben.

Das Gesetz Constantins, welches als außer Gebrauch gekommen, hier ausdrücklich aufgehoben wird, ist L. 1. C. de naturalibus liberis (V, 27.), worin gewisse Ehen,

---

[s]) §. 12. J. de nuptiis (I, 10.) „— Unde solent spurii appellari, παρα την σποραν, quasi a satione, et απατορες, quasi sine patre filii."

wegen des Standes der Personen, für ungültig erklärt wurden. Eine spätere Verordnung, Nov. 117, cap. 4, bestätigte diese Abänderung unter einer gewissen Modification. Uebrigens ergiebt auch diese Berücksichtigung eines Eheverbots, daß hier nur von Verbindungen gehandelt wird, welche in Form einer Ehe eingegangen sind.

6. Die Zusammenstellung dieser Verordnungen führt auf folgende Grundsätze:

I. Die außerehelich gezeugten Kinder haben als solche kein Erbrecht auf das Vermögen ihres Vaters, vielmehr werden sie betrachtet, als ob sie keinen Vater hätten.

II. Eine Ausnahme findet in Ansehung der natürlichen, nemlich aus einem Concubinate entsprungenen, Kinder Statt, welchen außerordentliche Erbrechte ertheilt sind.

III. Kinder aus einer Verbindung, welche zwar unter der Form der Ehe, allein gegen ein bestehendes Eheverbot eingegangen ist, können nicht als natürliche Kinder betrachtet, noch der Rechte derselben theilhaftig werden.

IV. Diese Kinder haben nicht nur das, den natürlichen Kindern gegebene, beschränkte Erbrecht nicht, sondern es kann ihnen, in einem bestimmten Falle, auch von ihren Vätern weder etwas vermacht, noch zugewendet werden; nicht einmal kommen ihnen von denselben Alimente zu.

V. Die unter III. und IV. aufgestellten Grundsätze müssen als Ausnahmen von der Regel betrachtet, und dürfen also nicht ausdehnend erklärt werden. Was

nicht darunter begriffen ist, steht nur nach den, von den unehelichen Kindern bestehenden, allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.

Einige dieser Punkte erfordern eine ausführliche Entwickelung.

7. Die unter I. und II. bemerkten Grundsätze gehen aus den angeführten Gesetzen und andern allbekannten Bestimmungen des römischen Rechts hervor.

In Ansehung von III. ist jedoch noch zu erwägen, daß die gedachten Gesetze bloß von solchen in Form einer Ehe eingegangenen Verbindungen handeln, welche wegen der zu nahen Verwandschaft gesetzwidrig waren, nemlich einzig von nuptiis incestuosis, und nicht überhaupt von jeder Verletzung der Eheverbote. Die L. 6 C. de incestis nuptiis (V, 5.) redet nur von mit Incest verbundenen Heirathen, denn der Zusatz: vetitique, ist ein Pleonasm, wie er in den Gesetzen jener Zeit so häufig vorkömmt [9]), und Nov. 12, welche auf jene Con-

---

[9]) Daß diese Constitution in ihrer ursprünglichen Gestalt allein bezweckte, die bis dahin gesetzliche Strafe incestuoser Ehen zu mildern, ergiebt der Codex *Theodosianus*, worin sie L. III, Tit. 12, Const. 3. sich findet. Der Eingang des Gesetzes ist hier so gefaßt: „Manente circa eos sententia, qui post latam dudum legem quomodo absoluti sunt aut puniti, siquis incestis posthac consobrinae suae, vel sororis, aut fratris filiae uxorisque vel eius postremo, cuius vetitum damnatumque conjugium est, sese nuptiis funestarit, designato quidem Lege supplicio — careat, proprias etiam quamdiu“ caet. Auch das hier angedeutete und abgeänderte Gesetz, eine Constitution von *Theodosius M.* enthielt bloß ein Verbot der Ehe unter gewissen Verwandten,

stitution Bezug nimmt und sie abändert, läßt über diese Auslegung derselben keinen Zweifel, indem sie selbst, die Nov. 12, offenbar nur von incestuosen Ehen handelt, wie der Ausdruck und die Hinweisung auf das Naturgesetz deutlich ergiebt. Von der Nov. 89, cap. 15, gilt ein Gleiches; denn die Worte: aut nefariis, aut incestis aut damnatis, drücken eine und eben dieselbe Sache aus, wie schon Nov. 12, cap. 1, einer gleichen pleonastischen Bezeichnung, und zwar unter Umständen sich bedient hatte, die eine umfassende Bedeutung ausschließen. Und wenn Nov. 74, cap. 6, in allgemeinern Ausdrücken zu reden scheint, so wird sie theils aus den andern Verordnungen erläutert werden müssen, theils beschränkt sich ihr dispositiver Theil darauf, die aus verbotenen Ehen entsprungenen Kinder von den natürlichen zu unterscheiden, ohne hinsichtlich ihrer etwas zu verfügen.

Die römischen Gesetze über den Incest betrachteten übrigens die, in den damit verbundenen Ehen erzeugten, wie überhaupt alle aus verbotenen Ehen entsprungenen [10]), Kinder als spurii. Eine, im Justinianischen

---

bestrafte mithin allein incestuose Ehen. S. *Jac. Gothofredl* Comm. ad Cod. Theod. Tom I, pag. 288 caet. Ueberdem findet sich der Ausdruck: matrimonium illicitum, schon früher in der römischen Gesetzgebung auf incestuose Ehen vorzugsweise bezogen; s. die Constitutionen der Kaiser Diocletian und Maximian vom Jahr 295, in Cod. Gregoriano, apud *Schilteri* Jur. Antejust. pag. 700 seq.

Ob übrigens ein jeder Grad des Incests, oder nur der incestus iuris gentium dem Gesetzgeber vorgeschwebt habe? S. Glück von der Intestaterbf. S. 313 f.

10) §. 12. J. de nuptiis (I, 10.) S. oben in der Note zu §. 2.

Codex nicht aufgenommene, Constitution der Kaiser Constantius und Constans, L. 2. Cod. Theod. de incestis nuptiis (III, 12.), sagt dieses ausdrücklich: „Etsi licitum veteres crediderunt, nuptiis fratris solutis, ducere fratris uxorem, —; abstineant huiusmodi nuptiis universi, nec aestiment, posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari; nam spurios esse convenit, qui nascentur.“ Und eine andere Constitution der Kaiser Honorius und Theodosius d. J. gegen die Heirath mit des verstorbenen Gatten Geschwister, L. 4. Cod. Theod. eod drückt dasselbe auf folgende Weise aus: „— ex hoc contubernio nec legitimi filii habebuntur, nec in sacris patris erunt, nec paternam ut sui suscipiant hereditatem.“ Dieses bestimmt den Gesichtspunkt, aus welchem die spätern Gesetze zu beurtheilen sind, und rechtfertigt den oben unter V. (§. 6.) aufgestellten Grundsatz.

Es hatten nemlich die aus incestuosen Ehen entsprungenen Kinder den Standpunkt, welchen die allgemeinen Grundsätze ihnen anwiesen, und hiernach müssen sich die Rechte derselben noch jetzt bestimmen, sofern nicht ein Anderes ausdrücklich verordnet sich findet. Eine gleiche Ansicht muß in Beziehung auf die, aus verbotenen Ehen anderer Art entsprungenen, Kinder Statt finden. Denn auch sie können nur als Spurii betrachtet werden, da das bestehende Eheverbot der eingegangenen Verbindung gleichfalls den Charakter eines Concubinats, als eines erlaubten Verhältnisses, auch in den Fällen entziehen muß, wo kein Gesetz solches vorschreibt.

8. Eine analogische Anwendung der, von den Wirkungen incestuoser Ehen und den Rechten der darin er-

zeugten Kinder handelnden, Verordnungen auf die, gegen Eheverbote anderer Art eingegangenen, Verbindungen stehen erhebliche Bedenklichkeiten entgegen, da diese Verordnungen den Charakter von Strafgesetzen haben. Noch weniger aber können sie auf solche Kinder bezogen werden, die zwar von Personen, welche einander nicht würden heirathen dürfen, allein nicht in einer unter der Form einer Ehe geschlossenen Verbindung, sondern per stuprum gezeugt worden sind. Denn in diesem Falle ist die verpönte Handlung, die Verletzung des Eheverbots, überall nicht vorhanden; und ist ein anderes Vergehen anzunehmen und zu bestrafen, so kann dieses nicht nach jenen, vielmehr nur nach besonders darüber vorhandenen Strafgesetzen geschehen. Und sollte selbst der Gesetzgeber weniger die Ueberschreitung des Eheverbots, als den Incest an sich bei jenen Verordnungen vor Augen gehabt haben [11]), so gestatten dennoch die Grundsätze von der Gesetzauslegung nicht, die gedrohete Strafe da eintreten zu lassen, wo der Fall des Gesetzes nur zum Theil, nicht aber vollständig vorhanden ist. Denn ein bestimmt ausgesprochenes Strafverbot schließt die Auslegung ex ratione legis aus; und wo ein Zug im Charakter der verpönten Handlung vermißt wird, ist die Strafe nicht verwirkt, die Bedingung nicht eingetreten, unter welcher sie Statt finden soll. Man muß also annehmen:

---

[11]) Dieses ist die Ansicht von Glück, von der Int.-Erbf. S. 315 u. f.

A. Die von den Erbrechten derjenigen Kinder, welche gewöhnlich ex damnato coïtu genannt werden, aufgestellten Grundsätze beziehen sich ausschließend auf solche, die in einer unter Form der Ehe eingegangenen Verbindung erzeugt worden sind, welche ein Eheverbot und zwar ein solches verletzt, dessen Grund aus der Verwandtschaft hergenommen ist, nemlich einzig auf Kinder incestuoser Ehen.

Alle andern Kinder, welche außer einer rechtmäßigen Ehe gezeugt sind, und nicht als natürliche Kinder betrachtet werden können, von welcher Art die Verbindung auch seyn mag, der sie das Daseyn verdanken, müssen als Spurii betrachtet werden. Das Verbrechen der Eltern ist ihnen fremd, und die darin gegründete Verschiedenheit ihrer Benennung kann, ohne ausdrückliche Bestimmung der Gesetze, keinen Unterschied ihrer Rechte bewirken [12]).

9. Die, aus der eigenthümlichen Natur der angeführten Verordnungen hervorgehende, stricte Auslegung nöthigt ferner, dieselben, so weit sie nemlich den Kindern gedachter Art sogar die Alimente absprechen, lediglich auf den Vater zu beziehen, und nur die gesetzliche Bestimmung, vermöge deren sie unfähig erklärt werden, etwas ab intestato oder letztwillig zugewendet zu bekommen, von beiden Eltern zu verstehen.

Diese letzte Verordnung findet sich nemlich in der

---

12) *Lucas van de Poll*, de exheredatione et praeteritione, cap. 41, §. 5 seq.

L. 6, C. de incest. nupt. (V, 5.) [13]), und diese geht ausdrücklich, gleichwie die Nov. 12, c. 1, auf beide Theile, den Vater sowol als die Mutter. Hingegen redet Nov. 74, c. 6, namentlich allein von den Vätern [14]); und die Nov. 89, cap. 15, welche eigentlich zuerst der Alimente gedenkt, nachdem die vorigen Verordnungen bloß von der Erbfähigkeit gehandelt hatten, kann vermöge ihres ganzen Zusammenhanges gleichfalls allein auf den Vater bezogen werden. Denn da diese Verordnung die Rechte der natürlichen Kinder zu bestimmen zum Gegenstande hatte, welche hinsichtlich der Mutter denen der ehelichen gleich geachtet wurden [15]), und also nur in Ansehung des Vaters einer Feststellung bedürfen konnten; so bezog sich das ganze Gesetz einzig auf das Verhältniß zwischen Vater und Kindern, und es muß also die im Cap. 15 aufgestellte Verfügung, zumal sie eigentlich bloß einer Gleichstellung der Kinder incestuoser Ehen mit den natürlichen vorbeugen sollte, ausschließlich von den Vätern verstanden werden. Der Plural, „neque alimentandus est a parentibus," ist mithin entweder zugleich in Hinsicht der väterlichen Ascendenten, oder deshalb gebraucht, weil hier eine Bestimmung gegeben ward, die nicht einen einzelnen Fall betraf, sondern

---

[13]) Verb. „Nihil prorsus praedictis, neque per interpositam quidem personam, vel donet superstes, vel moriturus derelinquat."

[14]) „sed sit supplicium etiam hoc patrum" seq.

[15]) arg. L. 2. D. unde cognati (XXXVIII, 8.) et L. 1. pr. et §. 2. D. ad SCt. Tertyllianum (XXXVIII, 17.).

sämmtliche Väter der erwähnten Art umfassen sollte [16]). In dieser Maße hat man jene Gesetzstelle denn auch schon zu der Zeit erklärt, wo die, dem Codex eingeschalteten, Hinweisungen auf die Novellen entstanden, welche wir jetzt Authentiken nennen [17]).

10. Die Verordnung der Nov. 89, cap; 15, welche den Kindern incestuoser Ehen die Alimente von Seiten der Väter abspricht, kann nur von den alimentis civilibus verstanden werden; da die Vaterschaft in diesem Falle nicht ungewiß seyn kann, das Band der natürlichen Verwandtschaft bestehet, und nicht anzunehmen ist, der Staat habe selbst die Pflicht der Ernährung (alimenta naturalia), welche aus jenem Verhältnisse hervorgeht, für den Vater übernehmen wollen. Der Grund des Gesetzes, welches jedes bürgerliche Band zwischen Vater und Kindern dieser Art hinwegräumt, paßt überdem nur auf die bürgerlichen Alimente, die auf ein Verhältniß des Standes sich beziehen. In dieser Hinsicht wird es nicht einmal der Anwendung des cap. 5, X, de eo, qui duxit quam polluit (IV, 7.) bedürfen, welches überdem nur von den im Ehebruche gezeugten Kindern redet, also bloß eine Analogie würde begründen können.

Uebrigens ist es nicht zu bezweifeln, daß die Nov. 89, cap. 15, nicht etwa bloß den Vater von der Verbindlichkeit zur Alimentation befreiet, sondern ihm die-

---

16) *Lucas van de Poll*, de exheredat. et praeterit. liberor. Cap. 41, §. 9 seq.

17) cf. Auth. ex complexu. C. de incest. nupt. (V, 5.).

selbe sogar untersagt. Die Nov. 74, cap. 6 in fine, giebt über den Zweck des Gesetzgebers, durch Härte gegen die Kinder die Strafe der Eltern zu erhöhen, genugsamen Aufschluß, und die Auth. ex complexu C. de incest. nupt. (V; 5.) zeigt [18]), daß die Novelle, deren Auszug sie enthält, stets in jenem Sinne verstanden worden ist.

Es ist also ferner anzunehmen:

B. daß die Beschränkung der Rechte aus incestuosen Ehen entsprungener Kinder 1) in Ansehung des Vaters, die Verabreichung des nöthigsten Unterhalts, alimenta naturalia, nicht ausschließen; 2) hinsichtlich der Mutter aber auf die Alimentationspflicht sich überall nicht beziehen;

und

C. daß die aus verbotenen Ehen anderer Art, so wie aus jeder vorübergehenden Vereinigung, sey sie auch mit Incest oder Ehebruch verbunden gewesen, entsprungenen Kinder durchaus als Spurii in Ansehung ihrer Rechte gegen ihre Eltern und an deren Nachlaß betrachtet werden müssen.

---

[18]) Verb. „Omnis paternae substantiae indigni beneficio, ut nec alantur a patre.“

IX.

Genügt die bloße Erbeinsetzung, ohne Anweisung irgend eines Theils des nachzulassenden Vermögens, um ein Testament gegen die, aus der Uebergehung oder Ausschließung eines Notherben hervorgehende, Nichtigkeit zu sichern?

---

1. Ein Testament ist nichtig, sobald die Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge nicht unter Beobachtung der vorgeschriebenen Erfordernisse geschieht, in väterlicher Gewalt stehende Kinder also bloß übergangen, nicht ausdrücklich enterbt, die übrigen Descendenten, so wie die Ascendenten aber nicht wenigstens stillschweigend gehörig ausgeschlossen sind [1]). Die Erbeinsetzung eines Notherben beseitigt die sonst eintretende Nichtigkeit; auch ist es zu diesem Zwecke nicht erforderlich, daß der Notherbe

---

[1]) pr. J. de exhered. liberor. (II, 13.). L. 7 et 30. D. de liber. et posth. (XXVIII, 2.). L. 1. D. de iniusto, rupto caet. (XXVIII, 3.).

den ihm gesetzlich zukommenden Antheil am Nachlasse vollständig angewiesen erhalte, da die Ergänzungsklage deshalb ihm Sicherheit gewährt [2]). Wenn aber hiernach die Anweisung eines geringern, als des gesetzlichen Erbtheils, und selbst einer einzelnen Sache hinreichend erscheint; so bleibt dennoch die aufgeworfene Frage höchst zweifelhaft, da die bloße Erbeinsetzung, ohne Hinterlassung irgend eines Theils oder Stückes der Erbschaft, als eine leere Form zur Umgehung der gesetzlichen Vorschrift angesehen werden kann, zumal die Klage zur Ergänzung des Pflichttheils ihrem Wesen nach vorauszusetzen scheint, daß dem Notherben wirklich Etwas hinterlassen sey, was durch dieselbe bis zum Belaufe des Pflichttheiles vermehrt werden könne.

2. Die ältern Gesetze erfordern ausdrücklich, daß dem Notherben wenigstens Etwas hinterlassen werden müsse, begnügen sich also keineswegs mit der bloßen Ernennung zum Erben. L. 30. §. 1. C. de inoff. test. (III, 28.) sagt: „Si vero vel praeterierint aliquam eorum personam iam natam, vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam; vel exheredatione, vel alia eorum mentione facta, nihil eis penitus reliquerint“ caet.; und §. 3, J. eod. tit. (II, 8.): „— Sin vero quantacunque pars hereditatis, vel res, eis fuerit relicta“ caet.

Das neue Recht, die Nov. 115, drückt dagegen dieselbe Verordnung auf eine ganz andere Weise aus, und

---

[2]) §. 3 J. de inoff. testam. (II, 18.). L. 30. pr. L. 36. C. eod. (III, 28.).

bezieht das Gebot allein auf die Ernennung zum Erben, ohne der Anweisung eines Theils oder einer Sache der Erbschaft zu gedenken. Cap. 3: „Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri“ caet. „— suum filium vel filiam, vel caeteros liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento; nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem,“ caet. Und Cap. 5: „Caeterum si qui heredes fuerint nominati; etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus; quicquid autem minus ei legitima portione relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus impleri. Sola enim est nostrae Serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis, vel exheredationis auferre.“

3. Der in den letzterwähnten Worten der Novelle ausgesprochene Zweck, a parentibus et liberis iniuriam — auferre, welchen §. 3. J. de inoff. testam. (II, 18.) so ausdrückt: Quod nostra constitutio ad verecundiam naturae introduxit, bezieht sich auf den Grund der Querela inofficiosi testamenti, welcher bekanntlich in einen fingirten Wahnsinn des Testators gesetzt ward [3]). Da nun diese Fiction unabhängig von der Einkleidung

---

[3]) pr. J. de inoff. testam. (II, 18.). L. 2. D. eod. (V, 2.). *Plinius*, Epistol. V, 1. sagt daher in Hinsicht auf die Vertheidigung des eingesetzten Erben gegen die Querela inofficiosi testamenti: „neque enim aderat alius, qui defunctae pudorem tueretur.“

war, welche der Erblasser seiner letztwilligen Verfügung geben mochte, und eigentlich nur als ein Mittel zur Umgehung der, jedem Staatsbürger durch das Zwölftafelngesetz gegebenen, Befugniß einer unbeschränkten Testamentifaction betrachtet ward [4]); so scheint jener Zweck des Gesetzes keinen Einfluß auf die gegenwärtige Erörterung haben zu können. Allein der Gesetzgeber spricht seine Absicht deutlich dahin aus, die Testamente gegen die gedachte Querel, wo möglich, aufrecht halten zu wollen. Er fordert daher nicht, daß der Pflichttheil dem Notherben angewiesen sey, und, indem er denselben durch die gegebene Ergänzungsklage ihm zusichert, verlangt er bloß die Ernennung zum Erben, damit den Gesetzen genüget werde. Dieses geschieht aber, wie die Novelle sagt, sofern der Notherbe nur nicht ohne gehörigen Grund übergangen oder enterbt wird („praeterire, aut exheredes — facere); woraus allein schon ersichtlich wird, daß nur die Form der letztwilligen Verfügung, nicht aber die dem Notherben daraus hervorgehende Zuwendung berücksichtigt wird. Und da die Größe des demselben etwa hinterlassenen Theils der Erbschaft gar nicht in Betracht kommen, ja das Testament selbst dann bestehen soll, wenn gleich ihm nur eine einzelne Sache angewiesen ist, die doch also auch ohne namhaften Werth muß seyn können; so ist es klar, daß es hier einzig auf die Erbeinsetzung ankömmt. Es wird dieselbe als ein Ehrenpunkt hinsichtlich des Notherben beurtheilt, welchem

---

4) L. 120. D. de verbor. Signif. (L, 16.). *Vinnius* ad Inst. II, 18. pr. no. 8.

es an jenem Zeugnisse des liebevollen Andenkens des Testirers genügen muß, seitdem die eingeführte Ergänzungsklage wegen des Pflichttheils ihn sicher stellt.

Der Wirkung nach tritt daher in diesem Falle ziemlich ein, was nach älterm Rechte bei der Prätarition gewisser Personen Statt fand, daß sie nemlich den eingesetzten Erben ipso iure beigezählt wurden; ein ius accrescendi besonderer Art, wo nicht portio vacans dem andern Erben zufiel, sondern den ernannten Erben der Uebergangene beigesellt ward [5]).

4. Es möchte zwar eingewendet werden, daß die Ergänzungsklage, wie schon der Namen anzudeuten scheint, stets eine, mit der Ernennung zum Erben verbundene, Anweisung irgend eines Theils der Erbschaft, ein Etwas voraussetzt, was ergänzt werden kann. Und wirklich nehmen die von diesem Rechtsmittel handelnden Gesetze stets einen Fall an, wo den Notherben wenigstens etwas Weniges vermacht worden ist. Allein diese Gesetze schreiben hierüber nichts vor, und gehen bloß von demjenigen aus, was gewöhnlich eintritt, ohne den hier angenommenen Fall auszuschließen. Auch fehlt es der Erbeinsetzung an sich keinesweges an einiger Wirk-

---

5) Dieser Art des iuris accrescendi erwähnen pr. J. de exheredat. liberor, (II, 13.) und L. ult. C. de liber. praeter. et exhered. (VI, 28.). *Ulpianus*, fragm. T. XXII, §. 17. sagt davon: „Reliquae vero personae liberorum, velut filia, nepos, neptis, si praeteriti sint, valet testamentum, scriptis heredibus accrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam.“

lichkeit, da sie das ius accrescendi im gewöhnlichen Sinne des Worts gewährt, das Recht nemlich auf den erledigten Theil eines eingesetzten Erben, der ausgefallen ist. Sollte mithin es auch zum Wesen der Ergänzungsklage gehören, daß sie nur Statt finde, um den Notherben der vollen Wirklichkeit des Erbrechts theilhaftig zu machen; so könnte man immer annehmen, daß hier dieselbe, mit dem Anspruche ex iure accrescendi, den gesetzlichen Antheil an dem Nachlasse zu verschaffen, hiermit also das Erbrecht seinem ganzen Umfange nach herzustellen bestimmt sey.

Diese Ansicht rechtfertigt sich aus der Bestimmung der L. 36. C. de inoff. testam. (III, 28.), vermöge deren die actio legitimae suppletoria selbst dann eintritt, wenn die dem Notherben hinterlassene Sache gänzlich evincirt worden ist [6]).

Es erfüllt also die bloße Ernennung zum Erben im angenommenen Falle die gesetzliche Form, indem sie nicht nur das ius accrescendi gewährt, sondern zugleich die Befugniß begründet, den Pflichttheil einzufordern, ein Klagrecht, welches allein dem eingesetzten Notherben zusteht.

---

[6]) „Sancimus — sive in totum evictio subsequatur, sive in partem, emendare vitium“ caet. *Leyser* Sp. 356. m. 8.

X.

Beiträge zu der Lehre von der Veräußerung der Güter pflegbefohlner Personen. L. 3. C. si major factus alienationem (V, 74.), et L. 1. C. de bonis maternis (VI, 60.).

I. Verordnung der L. 3. C. Si. major factus alien. (V, 74.).

1. Die Römer betrachteten die Vormünder, in Hinsicht der Verwaltung der Güter ihrer Pflegbefohlnen, als Eigenthümer [1]), und gestanden ihnen eben deshalb eine uneingeschränkte Befugniß zu, jene Güter nach Befinden zu veräußern. Ward aber die Vormundschaft überhaupt anfänglich mehr den Rechten, wie den Pflichten, beigezählt, so nahm sie bald die Natur der letzten immer mehr an, nachdem man unter den Kaisern anfing,

---

[1]) L. 27. D. de admin. tut. (XXVI, 7.) „Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet.“ L. 56, §. 4. D. de furtis (XLVII, 2.).

die Sorge für die Pflegbefohlnen als Regierungsangelegenheit zu behandeln [2]). Die bekannten Beschränkungen des Veräußerungsrechts waren eine Wirkung dieser Ansicht.

Da die Curatel über Minderjährige, viel später als die Tutel, durch das Plätorische Gesetz veranlaßt [3]) eingeführt ist, und nach ihrer Natur keine selbstständige Verwaltung, sondern nur das Recht gewährt, durch Einwilligung den Handlungen des Minderjährigen die Rechtsbeständigkeit zu sichern; so mußten jene Beschränkungen des Veräußerungsrechts um so mehr auf sie mit bezogen werden. Auch umfassen sowol die Oratio Severi, als die Constitution Kaisers Constantin, die Hauptgesetze über diesen Gegenstand, ausdrücklich so wie die Tutoren, so auch die Curatoren [4]).

Die gesetzliche Beschränkung des Veräußerungsrechts ward bekanntlich gewissen Ausnahmen untergeordnet, so daß eine Veräußerung gültig vorgenommen werden kann, wenn ein im Gesetze ausgedrückter Grund dazu vorhanden, und über dessen Daseyn vom zuständigen Richter nach vorhergeschickter Prüfung entschieden ist [5]).

---

2) Hugo Rechtsgesch. §. 78 und 391 a. E.

3) Lex Plaetoria, nicht Laetoria, wie Hugo Rechtsgesch. §. 163. gezeigt. Uebrigens *Heineccius* Synt. antiq. I, 23, 6 et 8.

4) L. 1. D. de rebus eor. qui caet. (XXVII, 9.). L. 22. C. de administr. tut. (V, 37.).

5) L. 1. §. 2. L. 5. §, 9 et 10. L. 11. D. de rebus eor. qui caet. (XXVII, 9.). L. 6 et 12. C. de praediis et aliis reb. minor. (V, 71.).

Die vorgenommenen Veräußerungen können nun vom Pflegbefohlnen angefochten werden, entweder, indem sie als nach strengem Rechte gültig angesehen werden, durch ein Restitutionsgesuch, oder als nichtig. Eine Nichtigkeit, welche ihren Grund sowol in dem besondern Verhältnisse des Eigenthümers als Minderjährigen, als auch in einer allgemeinen Ursache haben kann [6]).

Die aus dem Verhältnisse eines Pflegbefohlnen her vorgehende Nichtigkeit der Veräußerung, sie werde nun darin gesetzt, daß sie ohne Decret vorgenommen, oder dieses ohne die verordnete Untersuchung, oder ohne Grund ertheilt ist, oder aber darin, daß die Veräußerung zwar an sich nicht gegen das Verbot angestoßen hat, aber als Schenkung nicht bestehen kann, hindert den Uebergang des Eigenthums, und giebt also dem Pflegbefohlnen eine Vindication [7]). Die Dauer dieser Klage findet ihre Bestimmung in L. 3 et 4. C. de praescr. 30. annor. (VII, 39.) auf einen Zeitraum von 40 Jahren, seit Uebergabe der Sache, wenn die Veräußerung während der Impubertät, oder von 30 Jahren, wenn sie während der Minderjährigkeit geschehen ist.

2. Dieses ist die Regel, von welcher Justinian eine

---

[6]) Thibaut, Besitz und Verjähr. §. 55.

[7]) L. 5. §. 14. D. de rebus eor. (XXVII, 9.). L. 2. 4. 8. 10. 11. 15 et 16. C. de praed. et al. reb. (V, 71.). Es scheint L. 47. D. de minorib. (IV, 4.) entgegen zu stehen; allein der dem Rechtsgelehrten vorgetragene Fall ist nicht vollständig mitgetheilt, und immer würde die klare Bestimmung jener spätern Gesetze hier entscheiden. *Voet* Comm. L. 27. Tit. 9. §. 9. v. Berg, Rechtsf. No. 7.

Ausnahme in der L. 3. C. si major factus (V, 74.) macht. Es bestimmt sich hiernach der Gesichtspunkt, aus dem dieses Gesetz beurtheilt werden muß. Die Worte desselben sind folgende:

„Si quando sine decreto minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum, vel per veniam aetatis eorum curam excedentium, res alienantur vel supponuntur, ad perfectam aetatem iidem minores provecti, longo silentio qnerelam huiusmodi tradiderint, ut inutilis alienatio vel suppositio diuturno silentio roboretur, certum tempus ad talem confirmationem praefinitum esse censemus. Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem, id est, post vigintiquinque annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione, vel suppositione is, qui eam fecit, vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita. Cum autem donationes a minoribus necdum decreto interposito celebrari possint, si minor, vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium (excepta propter nuptias donatione) transcripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post vigintiquinque annos, inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluxerit; ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit.“

Da des Pflegbefohlnen, nach erreichter Volljährigkeit erklärte, Genehmigung die Veräußerung, auch wenn sie

nichtig gewesen seyn sollte, gültig machte [8]), eine solche Genehmigung aber auch aus Handlungen gefolgert werden konnte; so entstand ein Zweifel darüber, ob ein bloßes Stillschweigen des vormaligen Pflegbefohlnen jener Deutung fähig sey, und wie lange dasselbe beobachtet seyn müsse, um den erwähnten Schluß daraus ziehen zu können? Der Kaiser entschied dieses dahin, daß Veräußerungen, welche titulo oneroso geschehen wären, gültig seyn sollten, sobald der vormalige Pflegbefohlne seit erreichtem fünfundzwanzigsten Jahre seines Alters fünf Jahre hindurch sich dabei beruhigt habe. Bei Schenkungen von Grundstücken ward dieser Zeitraum auf zehn Jahr unter Gegenwärtigen, und zwanzig unter Abwesenden festgesetzt. Uebrigens verordnet Justinian dieses, 1) bloß in Beziehung auf eigentliche Minderjährige, nicht Pupillen; er gedenkt 2) nur des Falles, wo der Pflegbefohlne selbst die Veräußerung vorgenommen hat („nihil conquestus — is, qui eam fecit"), wobei freilich die Einwilligung des Curators, wo ein solcher vorhanden gewesen, vorausgesetzt seyn wird; endlich hat er 3) einzig diejenige Nichtigkeit vor Augen, welche aus dem Mangel eines gerichtlichen Decrets hervorgeht.

3. Erwägt man, daß hier eine Beschränkung der gewöhnlichen Verjährungszeit der Klagen, und ein ius singulare eingeführt wird, welches keine ausdehnende Erklärung gestattet; so genügt schon dieser Grund, bei

---

[8]) L. 2. C. Si major factus ratum (II, 46.).

den Worten des Gesetzes stehen zu bleiben, und seine Anwendung in den darin angedeuteten Grenzen zu beschränken [9]). Es wird jedoch eine nähere Begründung dieser Ansicht und eine Erörterung der einzelnen, hier entstehenden, Fragen nicht ohne Nutzen seyn, zumal es nicht außer Zweifel ist, daß iura singularia die ausdehnende Erklärung ausschließen [10]).

Die, in Beziehung auf das Vermögen eines Pflegbefohlnen, während dessen Minderjährigkeit vorgenommenen Handlungen unterscheiden sich von denjenigen, welche während seiner Impubertät Statt gefunden haben, darin, daß wenn diese vom Tutor ausgehen (auctore tutore), jene bei den Römern gewöhnlich vom Minderjährigen selbst geschahen, oder doch so betrachtet wurden, als ob derselbe sie selbst vorgenommen habe, die Mitwirkung des Curators aber nur accessorischer Natur wäre (consensus curatoris). Aus diesem Gesichtspunkte werden auch in der angeführten Constitution die dort erwähnten Veräußerungen angesehen, und daher diejenigen, welche consentiente curatore geschehen sind, denen völlig gleichgestellt, die der Minderjährige nach erhaltener venia aetatis, mithin allein vorgenommen hatte.

Der Minderjährige war also nicht nur von den Ver-

---

9) Thibaut, Besitz und Verjähr. II, §. 55. Dabelow, Verjähr. II, S. 236 f. Hufeland, Abhandl. aus d. Civ R. I, S. 192, und S. 232 f.

10) v. Weyhe, wissenschaftl. Bearb. d. allg. deutsch. Privatr. §. 89.

äußerungen, sondern zugleich von den Umständen und Bedingungen, unter welchen sie Statt gehabt hatten, vollständig unterrichtet; auch mußten dieselben seinem Andenken noch in der Maße gegenwärtig seyn, daß er sich bei erlangter Volljährigkeit gehörig zu berathen und, ob er dieselben anfechten oder bestehen lassen wolle, zu bestimmen vermochte. Sein Stillschweigen konnte mithin für concludent angenommen werden. Anders verhält sich die Sache bei Veräußerungen, welche während eines Pflegbefohlnen Impubertät geschehen. Ein Pupill erfährt von den Handlungen des Tutors entweder gar nichts, oder solches nicht mit der nöthigen Vollständigkeit, vermag auch die ihm gewordene Kunde nicht gehörig einzunehmen. Bei seiner Volljährigkeit ist also der Vorgang ihm unbekannt oder verdunkelt. Gestattete mithin das erwähnte Gesetz auch eine ausdehnende Erklärung, so würde sie hier unzuläßig seyn [11]); denn es tritt in Ansehung der Veräußerung von Pupillengütern im eigentlichen Wortverstande nicht nur keinesweges derselbe Grund ein, so daß eine Analogie ausgeschlossen ist; sondern es kann auch dem Gesetzgeber die Absicht nicht beigemessen werden, wie für den ausgedrückten Fall, so auch für die letztgedachte Veräußerung der Pupillengüter dieselbe Verordnung haben geben zu wollen.

Da übrigens Gesetze bloß als allgemeine Vorschriften, welche nur nach demjenigen sich bestimmen, was gewöhnlich Statt findet, und von der Classe der Gegen-

---

[11]) Thibaut Theor. d. log. Ausl. §. 12.

stände, worüber sie verfügen, in der Regel gilt, betrachtet werden müssen, nicht aber nach einzelnen Abweichungen gedeutet werden dürfen; so kann jene Constitution selbst dann auf Veräußerungen der Pupillengüter nicht angewendet werden, wenn der Pflegbefohlne nachmals eine vollständige Kenntniß derselben erhalten haben sollte [12]).

Der entgegengesetzte Fall, daß der Pflegbefohlne in Ansehung der, während seiner Minderjährigkeit ungültig geschehenen, Veräußerungen seine Unwissenheit gelten machen könne [13]), kann nicht eintreten. Das Gesetz bezieht sich nemlich eben und zwar allein auf solche Veräußerungen, welche der Minderjährige selbst vorgenommen, oder wobei derselbe wenigstens mitgewirkt hat; schließt also dadurch den Fall einer Unwissenheit an seiner Seite aus. Hätte aber der Curator ohne Zuziehung des Mündels veräußert, so tritt bloß die gewöhnliche Verjährungszeit der Vindicationsklage wegen ungültiger Veräußerung, nemlich die dreißigjährige ein [14]), bei welcher bekanntlich der Ablauf des Zeitraums allein entscheidet.

4. Es pflegt angenommen zu werden, daß die Vindication, auch im Falle der angeführten L. 3. C. si ma-

---

12) Diesen Mittelweg schlagen einige Rechtslehrer ein. *J. P. Schmidt* de vindic. rer. pup. ad quinq. restr. Rost. 1741. §. 56.

13) *Berger*, Oec. J. I, 4, 11. *Leyser*, Sp. 345. m. 3 et 4. u. a. m.

14) L. 3. C. de praescript. 30 vel 40 ann. (VII, 39.).

jor factus (V, 74.), binnen der bestimmten Frist nicht erlösche, sobald dem Erwerber bekannt gewesen wäre, daß es eines Minderjährigen Sache sey [15]), indem man L. 1. C. Si quis ignorans (V, 73.) hier anwendet. Allein dieses Gesetz, ein Rescript Kaiser Gordians vom Jahre 239, kann schon seines Alters wegen auf die viel jüngere Bestimmung Justinians nicht bezogen werden; vielmehr müssen wir es von der gewöhnlichen, und zwar der erwerbenden Verjährung verstehen, da bekanntlich nur bei dieser, nicht aber bei der erlöschenden Verjährung der Klagen der gute Glaube des Besitzers von den Römern in Betracht gezogen ward [16]). Der in dem erwähnten Rescripte gebrauchte Ausdruck: „Sed tantummodo adversus te statuti temporis potest uti praescriptione," sagt nach der Verbindung nicht mehr, als daß der Erwerber das Eigenthum nicht sofort erlangt habe, sondern sich erst gegen den Vindicanten schützen könne, wenn die Verjährungszeit hinzugekommen sey; und unter praescriptio verstand man bereits damals die erwerbende Verjährung [17]).

Ueberdem begründet die Constitution Justinians nicht sowol eine erlöschende Verjährung der Vindicationsklage, welche den Verlust des Eigenthums für den bisherigen Pflegbefohlnen an sich nicht bewirken, den Besitzer nicht

---

15) Hufeland Lehrb. d. Civilr. §. 1577.

16) L. 8. C. de praescr. 30 ann. (VII, 39.). S. Pfeiffer vermisch. Aufs. S. 342 f. Thibaut Bes. und Verj. II, § 20. Dabelow, Verj. II, S. 178.

17) Hugo, Rechtsgesch. §. 393.

völlig sicher stellen würde [18]), sondern einen wirklichen interitus iuris per non usum. Dieses zeigen sowol die, in der Einleitung des Gesetzes angedeutete Absicht, eine rechtliche Vermuthung der Genehmigung der vorgenommenen Veräußerung aus der, binnen eines gewissen Zeitraums unterlassenen, Anfechtung derselben gegen den bisherigen Eigenthümer begründen zu wollen, als die Worte: „sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita.“ Mit der Klage verliert der vormalige Pflegbefohlne hier nemlich sein Recht selbst, und zwar durch den Nichtgebrauch allein, ohne die Bedingungen einer erwerbenden Verjährung beim Besitzer vorauszusetzen [19]). Die rückwirkende Folge des Stillschweigens tritt immer und unter allen Umständen ein; und wie bei der gesetzmäßigen Veräußerung der Mündelgüter es gleichgültig ist, ob der Erwerber diese Eigenschaft der Sache gekannt hat, oder nicht, so kann L. 1. C. si quis ignorans (V, 73) auf diesen Fall eben deshalb nicht bezogen werden, weil hier die Veräußerung angesehen werden soll, als sey sie gültig vorgenommen worden.

5. Die eben dargelegte Ansicht erledigt auch den Zweifel, ob der bisherige Mündel binnen des gesetzten Zeitraums Klage erheben müsse, um den Verlust seines

---

[18]) Andere Zwangsmittel werden nemlich dadurch dem Eigenthümer nicht entzogen. Thibaut a. a. O. II, 39. Dabelow a. a. O. §. 135 und 153.

[19]) Es liegt dieses in der Natur der Extinctiv-Verjährung der Rechte überhaupt. Dabelow, Verj. §. 150.

Rechts abzuwenden, oder ob jede außergerichtliche Erklärung dazu hinreiche? Daß auch eine solche Aeußerung eine Genehmigung an sich ausschließt, ist klar, und der Ausdruck des Gesetzes: „nihil conquestus est super tali alienatione“ caet., scheint beides, die Einführung einer Klage, und eine außergerichtliche Erklärung zu umfassen [20]).

Allein ungerechnet, daß des bisherigen Mündels Stillschweigen nicht sowol als ein Argument für seine Genehmigung in jener Constitution aufgestellt, als vielmehr für gleich wirksam erklärt wird, und daß es überdem bedenklich wäre, einer jeden Aeußerung ein Gewicht in jener Maße beizulegen; so gebieten die dringendsten Gründe, nur von der gerichtlich eingeführten Klage jenen Erfolg abhängig zu machen. Der Verlust eines Rechts durch Nichtgebrauch kann nemlich nur durch dessen Gebrauch abgewendet werden; und da in den angenommenen Verhältnissen das Recht des Eigenthümers einzig durch eine Klage gelten gemacht werden kann, außergerichtliche Erklärungen aber nie für eine Ausübung desselben anzusehen sind; so bestimmt sich hierdurch allein schon die Wirksamkeit dieser letzten. Ueberdem aber ist der Ausdruck; „conquestus est,“ so wie früher „longo silentio querelam huiusmodi tradiderint“ offenbar auf die Klage selbst, und einzig darauf zu beziehen. Die Vindication trifft in diesem Falle

---

20) Es bemerkt daher D. *Gothofredus* hier: Hinc colligunt simplicem querelam coram vicinis ratihationem impedire.

nemlich mit der Nichtigkeitsklage zusammen, und bekanntlich ist bei dieser (querela nullitatis) jene Benennung technisch.

6. Schwieriger ist die Auflösung der Frage: ob das Gesetz, wo es von der Zurückforderung der Schenkungen redet, seinen Worten nach, auf so veräußerte Grundstücke zu beschränken, oder zugleich auf verschenkte Fahrniß anzuwenden sey?

Da die Gesetze den Verlust der Grundstücke mehr, als der beweglichen Sachen, erschweren, eine Veräußerung dieser aber zwar unter Umständen einseitig vom Vormunde [21]), jedoch nicht durch Schenkung geschehen darf [22]); so würde die beschränkende Auslegung jener Stelle des Gesetzes zu dem Widerspruche führen, daß die Rückforderung der beweglichen Sachen hier mehr, wie die der unbeweglichen begünstigt sey. Die oben herausgehobene Natur dieser Constitution, als eines jede ausdehnende Erklärung ausschließenden iuris singularis, möchte daher nicht zur Auflösung der aufgeworfenen Frage genügen.

Erwägt man, daß das Gesetz zugleich von Minderjährigen handelt, welche veniam aetatis erhalten hatten, und daß diese nur in Ansehung der Immobilien an die gerichtliche Genehmigung der Veräußerungen schon damals gebunden waren [23]), übrigens aber ein völlig un-

---

21) Hufeland, Lehrb. d. Civilr. §. 1573.

22) L. 12. §. 3. L. 22. L. 46. §. 7. D. de administr. tut. (XXVI, 7.).

23) L. 3. C. de his, qui veniam (II, 45.). Dieses Gesetz ist

beschränktes Verfügungsrecht über ihr Eigenthum hatten [24]); so kann bei dieser Classe der Minderjährigen von einer Rückforderung veräußerter beweglicher Sachen überall die Rede nicht seyn. Nur der Mangel eines obrigkeitlichen Decrets soll durch den Ablauf der zehn- oder zwanzigjährigen Zeit ergänzt werden, und dessen bedarf es hier nur bei Immobilien. Obwol nun der letzte Grund bei Pflegbefohlnen in der Regel nicht zutrifft, so sind dieselben in dem Gesetze in Hinsicht der Dauer der Vindication im erwähnten Falle durchaus den mit der venia aetatis versehen gewesenen Eigenthümern gleichgestellt, und also wird man, um den vorhin bemerklich gemachten Widerspruch zu meiden, annehmen müssen, daß, wo es zur Veräußerung einer beweglichen Sache eines Decrets bedurft hätte, dasselbe durch des Veräußerers Stillschweigen binnen der gesetzten Zeit ergänzt werde, gleich wie bei den Immobilien. Daß diese Zeit im Gesetze von derselben Dauer, wie bei der erwerbenden Verjährung der Immobilien, bestimmt ist, kann uns nicht veranlassen, jenen Zeitraum hier auf drei Jahr, als der Usucapionszeit für bewegliche Sachen, festzusetzen. Es redet das Gesetz nemlich nur vom Verluste des Rechts durch Nichtgebrauch, nicht aber von der Acquisitivpräscription, schließt dagegen auch diese nicht aus, sobald deren Bedingungen früher eintreten sollten.

---

wenige Tage vor der angeführten Constitution, L. 3. C. si major. fact. caet. ergangen.

24) L. 1. C. de his qui ven. (II, 45.).

II. In welcher Beziehung steht die L. 3. C. Si major fact. alien. (V, 74.) zu der vom Vater vorgenommenen Veräußerung der Güter seiner Kinder?

7. Dem Vater stehen Verwaltungsrechte an seiner Kinder Vermögen in einer zwiefachen Rücksicht zu; theils vermöge der väterlichen Gewalt, der Nießbrauch und die Verwaltung des peculii adventitii; theils die gesetzliche Vormundschaft über die emancipirten minderjährigen Kinder und deren Sondergut. Da der Sprachgebrauch beide Berechtigungen mit der Benennung: natürliche Vormundschaft, belegt [25]), sie aber doch bei der Erörterung der aufgeworfenen Frage genau von einander unterschieden werden müssen; so wird eine kurze Darstellung ihrer beiderseitigen Eigenschaften und Wirkungen hier am rechten Orte stehen.

Das in der väterlichen Gewalt gegründete Recht am adventitio der Kinder umfaßt 1) dessen Verwaltung. Der Gegenstand derselben ist nicht nur das p. adv. ordinarium, sondern auch dasjenige p. adv. extraordinarium, welches aus einer Beerbung von Geschwistern erwachsen ist [26]). Dem Umfange der Befugniß nach gleicht diese Verwaltung dem Eigenthume, so daß ihr allein das Recht abgeht, ohne gesetzliche Ursache zu Ver-

---

[25]) *Leyser* Sp. 164. m. 1.

[26]) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (VI, 61.). L. 1. C. de bon. matern. (Vl, 60.). Hufeland, Lehrb. d. Civ. R. §. 940.

äußerungen einseitig zu schreiten [27]). Von einem Inventare, einem obrigkeitlichen Decrete bei den Veräußerungen in erlaubten Fällen, und der Verpflichtung zur Rechnungsablegung ist hier keine Rede [28]); denn die Gesetze verpflichten theils den Vater nicht dazu, theils sprechen sie ihn ausdrücklich davon frei, und da sie bloß die Wirkungen der väterlichen Gewalt und die Folgen der darin gegründeten Personeneinheit beschränken, so schließen sie die Analogie von der Vormundschaft und jene ausdehnende Erklärung aus.

Jenes väterliche Recht umfaßt 2) den Nießbrauch, jedoch bloß hinsichtlich des pec. adv. ordinarii, und zwar ausdrücklich befreiet von der dem Nießbraucher sonst obliegenden Cautionsleistung [29]).

Fällt aber die väterliche Gewalt hinweg, ehe die Kinder die Volljährigkeit erreicht haben, so tritt die gesetzliche Vormundschaft des Vaters ein. Der Grundsatz, es könne demjenigen kein Vormund bestellt werden, welcher einen Vater habe, bezieht sich auf die väterliche

---

[27]) L. 2. C. de bon. matern. (VI, 60.). L. 8. §. 4. 5. C. de bon. quae lib. (VI, 61.). Nov. 22, c. 24. *Leyser* Sp. 165.

[28]) Quistorps, Beitr. No. 2, und Hufeland, a. a. O. §. 937. wo die Literatur sich findet. Für die Herzogl. Braunschweigschen Lande ist jedoch eine von diesen Grundsätzen etwas abweichende Verordnung ergangen: Landesfürstl. Rescript vom 19. März 1748 (Frebersdorf Promtuarium I, 150.).

[29]) L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. C. de bon. quae lib. (VI, 61.). Die Bestellung einer Caution wird nemlich betrachtet, als im Widerspruche mit dem Verhältnisse des Familienvaters zu dem, in seiner Gewalt befangenen, Kinde. L. 50. D. ad Sct. Trebell. (XXXVI, 1.) et L. 7. D. Vt Legat. Serv. (XXXVI, 3.).

Gewalt [30]), und ist daher auf deren Dauer beschränkt. Die Gesetze berufen in dem angenommenen Falle den Vater als nächsten Verwandten und Erben [31]) sowol, wie als Patronen durch die Emancipation [32]), zur Vormundschaft; und indem sie hierin die allgemeinen Regeln von der gesetzlichen Vormundschaft in Anwendung bringen, erkennen sie, daß der Vater in diesem Falle nicht nur eine der Vormundschaft ähnliche Verwaltung, sondern wirklich die mit diesem öffentlichen Amte verbundenen Verpflichtungen übertragen erhalten habe.

8. Es ist hiernach der Vater nur in Ansehung der minderjährigen Kinder, welche seiner väterlichen Gewalt nicht unterworfen sind, als Vormund, und zwar als wirklicher Vormund zu betrachten. Schon die allgemeinen Grundsätze würden daher genügen, desselben in solcher Eigenschaft vorgenommene Handlungen gänzlich nach dem Vormundschaftsrechte beurtheilen zu müssen, und die aufgeworfene Frage dem gemäß aufzulösen. Allein die Gesetze unterwerfen den Vater, sobald er als

---

30) Pr. J. de tutelis (I, 13.). L. 6. §. 4. D. eod. tit. (XXVI, 1.).

31) § 7. J. de capit. demin. (I, 16.); §. un. J. de legit. patron. tut. (I, 17.): „ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet.“

32) §. un. J. de legit. parent. tut. (I, 18.); §. un. J. de fiduc. tut. (I, 19.). Der Vater ward sodann tutor fiduciarius genannt, wegen des, von ihm bei der Emancipation geschlossenen, Fiduciarvertrages. *Ulpiani* ragm. Tit. XI, §. 5. (v. Jus civ. antejust. I, pag. 35.). Hugo, Rechtsgesch. §. 79.

Vormund handelt, ausdrücklich der Nothwendigkeit, bei Veräußerungen der Güter seiner minderjährigen Kinder ein obrigkeitliches Decret einzuholen. So verordnet L. 7. §. 2. D. de reb. eor. qui (XXVII, 9.): „Si pater vel parens tutor sit alicui ex liberis, an Praetor adeundus si obligari velit? Et magis est, vt debeat; pronior tamen esse debet Praetor ad consentiendum patri.“ Desgleichen L. 3. C. de praed. et aliis reb. (V, 71.): „Cum emancipatis vobis praedium acquisitum foret, alienari a patre eodemque curatore sine Praesidis auctoritate non potuit; — itaque illibata vobis persecutio eius manet.“

Indem nun die eigenmächtig vom Vater vorgenommene Veräußerung als nichtig betrachtet und dem Kinde, nach beendigter Vormundschaft das veräußerte Gut zu vindiciren, gestattet wird, hier also die Grundsätze des Vormundschaftsrechts in Anwendung gebracht werden; so kann es nicht zweifelhaft seyn, daß auch die vorgedachte Verordnung Justinians, L. 3. C. Si major fact. alienat. (V, 74.), auf diesen Fall bezogen werden müsse, sobald übrigens die Bedingungen des erwähnten Gesetzes eintreten. Denn in dem Verhältnisse des Vaters zum Kinde liegt kein Grund, von der übrigens durch die Gesetze selbst hier in Anwendung gebrachten Regel abzuweichen, und wenn die vom Vater, als Curator, selbst nichtig vorgenommenen Veräußerungen der Vindication Raum geben, so muß um so mehr die gesetzliche Vermuthung auch hier zugelassen werden, welche aus dem Ablaufe eines kürzern Zeitraums, als die Verjährungszeit jener Klage, des gewesenen Curanden Ge-

nehmigung in Ansehung derjenigen Veräußerungen folgert, welche dieser selbst gemacht hatte, und zu denen der Vater nur durch seine Bestimmung mitgewirkt haben mochte.

Das angeführte Gesetz findet also Anwendung auch bei den, vom minderjährigen Kinde, mit Beistimmung des Vaters vorgenommenen, Veräußerungen; jedoch einzig in dem Falle, wenn er als gesetzlicher Vormund, Curator, gehandelt, nicht aber, wo er vermöge seiner väterlichen Gewalt das Vermögen seiner Kinder verwaltet und deren Gut veräußert hat.

9. Bedürfte es eines weitern Beweises, daß jenes Gesetz auf die Veräußerungen nicht zu beziehen sey, welche Kraft der väterlichen Gewalt vorgenommen worden sind; so würde derselbe gleichfalls aus L. 1. C. de bonis maternis (VI, 60.) geführt werden können.

Dieses Gesetz, eine Verordnung Constantins, erklärt nemlich, nachdem es dem Vater an dem Muttergute der Kinder den Nießbrauch und das Verwaltungsrecht zugesichert hat, es müßten dagegen die Väter dieser Verwaltung mit Fleiß und Vorsicht vorstehen: „atque ita omnia agere, tanquam solitum perfectumque dominium eis acquisitum fuisset, et personam gerant legitimam; ita ut, si quando rem alienare voluerint, emtor vel is, cui res donatur, observet, ne umquam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat vel ignorans. Docere enim pater debet, proprii iuris eam esse, quam donat, aut distrahit; et emtori, si velit, fidejussorem licebit accipere, quia nullam poterit

praescriptionem opponere filiis quandocunque rem suam vindicantibus.“

Das Klagrecht der Kinder, um ihr veräußertes Gut zu vindiciren, soll durch keine Verjährung ausgeschlossen werden; und wenn gleich nachmals hier eine dreißigjährige Verjährung von dem Zeitpunkte an, wo die Beendigung der väterlichen Gewalt mit der Volljährigkeit der Kinder zusammen getroffen seyn wird, nachgelassen ist [33]); so geht hieraus die Unstatthaftigkeit des, aus dem Ablaufe eines viel kürzern Zeitraums abgeleiteten, Rechtsverlustes, nach der oft gedachten L. 3. C. si major fact. alien. (V, 74.) für diesen Fall um so gewisser hervor, als jene Bestimmung viel jünger, wie dieses Gesetz, zugleich auch von demselben Kaiser erlassen ist, also die beste Erklärung des Letzten enthält. Die Nov. 22, cap. 24, verordnet nemlich: „— interminatur autem accipientibus, tanquam nihil eis quod accipiunt prosit, et sciant —, quia vel si quam a talibus parentibus comparationem fecerint, vel si acceperint donationem, vel si quid omnium egerint; tale erit, quasi nec gestum, nec scriptum quod factum est. Vindicabunt enim ea omnino filii heredesque eorum et successores, ab heredibus illorum et successoribus, non aliter excludendi: nisi tricennale tempus transeat, et detentatio dominos accipientes constituat; incipiente filiis tempore currere ex quo suae

---

[33]) Nov. 22, cap. 24. et Auth. nisi tricenn. temp. C. de bonis mat. (VI, 60.). *Becmannorum* Cons. et Resp. II, p. 402 et 406.

potestatis apparuerint exsistentes, aut facti, nisi tamen aliqua impubes aetas adiuvet adhuc.“

Justinian erklärt hier selbst, daß seine sieben Jahr zuvor gegebene Verordnung, L. 5. C. si major fact. alien. (V, 74.), auf die, während der väterlichen Gewalt vom Vater vorgenommenen, Veräußerungen der Güter seiner Kinder nicht zu beziehen sey.

XI.

Ueber die Verbindlichkeit aus der Auslobung einer Prämie oder Belohnung für einen, von einer noch ungewissen Person erwarteten, Dienst. L. 22. D. de praescriptis verbis (XIX, 5.); L. un. C. de suffragio (IV, 3.); L. 15. D. de praescriptis verbis (XIX. 5.).

---

1. Es ist eine gewöhnliche Erscheinung, daß für die Nachweisung des Urhebers einer Beschädigung, eines Diebes, einer verlornen oder gestohlnen Sache, eine Belohnung öffentlich versprochen wird, und daher von praktischer Erheblichkeit, die Rechtsverhältnisse näher zu erörtern, welche durch eine solche Auslobung begründet werden.

Ein Versprechen dieser Art unterscheidet sich von ähnlichen Erklärungen dadurch, daß der Promissar noch unbekannt ist, die Zusage mithin ohne nähere Beziehung auf eine bestimmte Person geschieht, und also von einem Vertrage hier, wenigstens anfänglich, die Rede nicht

seyn kann, da eine gegenseitige Einwilligung, die Annahme der Auslobung, sofort nicht einzutreten vermag. Ursprünglich ist hier nur eine bloße Pollicitation vorhanden [1]).

Bekanntlich sind diese, von einem voto verschiedene, Versprechungen (Pollicitationes nudae) nach römischen Rechten unverbindlich; und hiermit stimmt unser heutiges gemeines Recht unstreitig überein, da wir zwar dem bloßen Vertrage die Wirkung beimessen, ein Klagrecht zu begründen, in dem angenommenen Falle jedoch noch überall kein Vertrag vorliegt [2]). Allein dieses Verhältniß besteht nur bis zur Annahme von Seiten desjenigen, welcher sich als Promissar darstellt, indem von diesem Zeitpunkte an die Pollicitation in einen Vertrag übergeht [3]). Es unterscheidet sich nemlich eine solche Auslobung von einem Gelübde (votum) und dem einer Gemeinheit gethanen Versprechen auch darin, daß sie stets in der Voraussetzung einer gegenseitigen Einwilligung geschieht, also nicht, wie diese, für sich besteht, sondern den Anfang eines Vertrages ausmacht, dessen Daseyn von der Erklärung des Promissars abhängt.

Diese Gegenerklärung des Promissars kann stillschweigend geschehen, und ist so anzunehmen, wenn das Still-

---

[1]) L. 3. pr. D. de pollicit. (L, 12.) „— Pollicitatio — offerentis solius promissum.“ *Alciatus*, Oper, (Basil. 1571) T. III, p. 307. „Pollicitatio est, quum consensus amborum non iungitur.“

[2]) *H. Grotius*, Jus B. et P. II, 11, 3.

[3]) *Cuiacius*, Observat. XIX, 32.

schweigen den Umständen nach als Genehmigung gedeutet werden muß; sie kann daher auch aus Thatsachen hervorgehen, und, so wie ausdrücklich, so auch durch entsprechende Handlungen, nach einigem Zeitverlaufe und aus der Ferne geäußert werden [4]).

Indem nun bei der Auslobung einer Belohnung es in der Absicht des Promittenten und der Natur des Geschäfts liegt, daß die Erklärung des Promissars, wegen Uebernahme der gewärtigten Leistung und Annahme der dafür zugesagten Prämie, erst nach einigem Zeitverlaufe geschehen kann; so wie, daß dabei weniger eine wörtlich geäußerte, als eine durch Handlungen ausgedrückte Einwilligung bezweckt wird; so folgt hieraus, einmal, daß der Promittent durch seine Auslobung an sich, so lange dieselbe in den Grenzen einer einseitigen Willensäußerung stehen bleibt, nicht verpflichtet werden, und also seine Erklärung willkührlich zurücknehmen kann; sodann, daß auch ohne einige wörtliche Aeußerung eines Andern, durch die bloße Erfüllung desjenigen, wofür die Belohnung ausgeboten ist, eine vertragsmäßige Verbindlichkeit begründet wird, und also endlich, daß die

---

4) L. 2. D. de pactis (II, 14.) „Labeo ait: convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuncium; inter absentes quoque; sed etiam tacite consensu convenire intelligitur.“ L. 5. D. de adoptionibus (I, 7.). L. 4. pr. D. Pro Socio (XVII, 2.). L. ult. §. 1. D. de Oblig. et Action (XLIV, 7.). Die Meinung verschiedener Rechtslehrer, z. B. *Lauterbach*, Coll. L, 12, 4, eine Policitation könne nur unter Gegenwärtigen eintreten, findet hierin ihre Widerlegung.

Auslobung nicht mehr wirksam zu widerrufen steht, sobald die verlangte Leistung eingetreten ist, hingegen auch diese keine Verbindlichkeit an Seiten des Promittenten zu begründen vermag, wann sie nach der Zurücknahme des Versprechens geschehen seyn sollte. Es versteht sich hierbei, daß der Widerruf gehörig, nemlich auf eine gleichwirksame Weise, wie die Auslobung, bekannt gemacht seyn müsse [5]).

2. Der Promissar hat in dem angenommenen Falle, sobald dasjenige von ihm geleistet ist, was der Zweck der Auslobung war, ein Klagrecht auf die ausgebotene Belohnung, und zwar nehmen die Gesetze hier einen Innominatcontract an, und bezeichnen die Klage daher mit der Benennung einer actio praescriptis verbis [6]).

Nach der gewöhnlichen Vorstellung ist dieses nicht ohne Schwierigkeit. Denn der Innominatcontract gehört zu den Realcontracten, deren causa in der von dem einen Contrahenten erfolgten Leistung ihren Grund hat, und die bloße Zusage einer künftigen Belohnung kann daher keinen Realcontract begründen. Es fehlt immer an dem wesentlichen Erfordernisse einer, mit der Vereinbarung zusammentreffenden, Leistung und ein Vertrag nach der Formul: faciam ut des vel facias, ist nach römischen Begriffen so wenig ein Contract, als das promittere dem facere gleich geachtet werden kann,

---

5) *Pufendorf*, Obs. Jur. II, 38, §. 3.

6) L. 15. D. de praescr. verb. (XIX, 5.). L. ult. §. 1. D. de Oblig. et Action. (XLIV, 7.). L. 6. C. de transact. (II, 4.).

weil dieses die Handlung als gegenwärtig bezeichnet, welche jener Ausdruck als zukünftig darstellt [7]). Allein diese Schwierigkeit fällt weg, sobald man erwägt, daß die Auslobung unter den angenommenen Umständen anfangs überall keinen Vertrag, sondern nur die einseitige Willenserklärung enthält, einen solchen mit demjenigen eingehen zu wollen, welcher künftig seine Einwilligung durch die That äußern würde. Es ist hier also von der einen Seite der Consens zum Voraus, und unter der Suspensivbedingung erklärt, daß sich Jemand finden und die bezweckte Handlung vornehmen werde, und indem dieses geschieht, wird mit der Erfüllung der Bedingung zugleich die Erklärung der Einwilligung von der andern Seite, und diese mit der wirklichen Leistung verbunden. Der Vertrag ist mithin erst in diesem Augenblicke durch zusammentreffende Einwilligung entstanden, und die sofort erfolgte Leistung von Seiten des einen Theils erhebt ihn zum Innominatcontract unter der Formul: facio ut des.

Von dieser Ansicht scheint Cajus auszugehen, in L. 22. D. de praescript. verb. (XIX, 5): „Si tibi po-

---

[7]) Hiernach erklärt sich L. 5. §. 3. D. de praescr. verbis (XIX, 5.). „Quod si: faciam ut des, et posteaquam feci, cessas dare; nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.“ Jene Formul begründete keinen Contract, also fand nur in sofern ein Klagrecht Statt, als der besondere, vom Vertrage an sich unabhängige, Grund ex dolo eintrat Denn die nachmals, ohne neuerdings hinzugekommene Vereinbarung, von der einen Seite erfolgte Leistung konnte die Contractsklage nicht begründen, da solches eine Leistung ohne Vertrag nicht vermag.

lienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio si vero mercede data, aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de vero negotio, in factum dandum esse iudicium, id est, praescriptis verbis.“ Hier wird der Fall einer Arbeitsbestellung bei einem Handwerker nach rechtlichen Grundsätzen erwogen, und die Verbindlichkeit des Bestellenden in einem Vertrage gegründet, wo die Zusage der Belohnung aus den bisherigen Verhältnissen, als stillschweigend gegeben („quantum inter nos statutum sit“), und unter der Bedingung einer gegenseitigen Erfüllung zum Voraus ertheilt angenommen wird, und demnächst die wirkliche Leistung von Seiten des Handwerkers allererst die Vereinbarung abgeschlossen („quasi de novo negotio“) und zwar als Realcontract darstellt [2]).

Ein anderes Beispiel von der Anwendung dieser Ansicht findet sich in L. un. C. de suffragio (IV, 3.): „Si qui desideria explicare cupientes, ferri sibi a quoquam suffragium postulaverint, et ob referendam vicem sponsione se constrinxerint, promissa restituant, cum ea, quae optaverint, consequantur. Si artibus moras nectant, ad solutionem debiti coarctandi sunt.“ Es wird

---

[2]) Vergl. *Pufendorf*, Obs. Jur. II, 5, §. 7.

hier nemlich der bloßen Vereinbarung über die künftige Belohnung des Fürsprechers (suffragator) keinesweges die Wirkung beigelegt, diesem ein Klagrecht zu gewähren, sondern solches allein von der Erfüllung, der mit Erfolge begleiteten Verwendung, abhängig gemacht („cum ea, quae optaverint, consequantur“); daher man nicht nöthig hat, hier eine besondere Begünstigung der kaiserlichen Hofleute vermöge eines iuris singularis anzunehmen, vielmehr nur die Anwendung der bestehenden Grundsätze finden kann. Der Sollicitant erklärte seinen Consens zum Voraus unter einer Suspensivbedingung, und mit deren Erfüllung tritt Consens und Leistung von Seiten des Fürsprechers ein, wodurch der Innominatcontract: facio ut des begründet wird. Diese Constitution paßt um so mehr auf den vorliegenden Fall, als die Worte: „ferri sibi a quoquam suffragium postulaverint,“ sich auf eine, hinsichtlich der Person des Promissars unbestimmte, Auslobung beziehen, und nicht einmal gestatten, einen sofort mit einem gewissen Hofmanne abgeschlossenen Vertrag anzunehmen.

3. Die Römer brachten diese Grundsätze bei einem Falle zur Anwendung, welcher hier zur Erläuterung bemerkt zu werden verdient. Es geschah dieses beim furto concepto. Wenn nemlich eine gestohlne Sache in eines Andern Behausung vermuthet ward, und der Bestohlne deshalb Nachsuchungen vornehmen lassen wollte, so bewirkte er, daß der Prätor ihm conquisitores gab, welche mit Zeugen in die bezeichnete Wohnung sich verfügten, und im Namen des Bestohlnen eine Belohnung für denjenigen ausboten, welcher die gestohlne Sache

nachweisen würde. Die auf diese Weise geschehene Entdeckung dieser Sache gab dem Bestohlnen gegen denjenigen, in dessen Wohnung sie sich vorfand, die actio furti concepti und zwar in quadruplum, gleich als ob der Beklagte ein fur manifestus sey [9]). Zugleich hatte der Finder oder Angeber der Sache ein Klagrecht gegen den Bestohlnen auf Bezahlung der ausgebotenen Belohnung. Paullus rec. Sent. II, 31, 24, sagt ausdrücklich: „Ob indicium comprehendendi furis praemium promissum iure debetur.“ Hieraus erklärt sich das bereits angeführte, für den vorliegenden Fall entscheidende Fragment, L. 15. D. de praescr. verb. (XIX, 5.): „Solent qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur; — solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare. — Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere? Et quidem conventio ista non nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri; sed habet in se negotium aliquod; ergo civilis actio oriri potest, id est, praescriptis verbis:“ caet. In dem hier angenommenen Falle war ursprünglich ein bloßer Vertrag, ein pactum nudum („pactio“) vorhanden, wie bei der con-

---

9) LL. XII Tabularum, Tab. II, „Si furtum lance liciove conceptum erit, atque uti manifestum vindicator.“ *Galvanus*, de vsufructu, Cap. XV, §. 6 seq. *Wieling*, D. de furto per lancem et licium concepto. Marp. 1719. *Huber*, Prael. ad I. IV, t. 7.

quisitio furti zuerst nur ein einseitiges Versprechen an irgend einen, damals noch unbekannten, Promissar gerichtet, wahrzunehmen ist. In beiden Fällen findet also kein Klagrecht gegen den Promittenten anfänglich Statt; allein das erwähnte Versprechen war geeignet, demnächst eine Klage zu begründen („habet in se negotium aliquod, ergo civilis ectio oriri potest"), und zwar durch die Erfüllung der Bedingung, wovon das Versprechen abhängig gemacht ist, durch die gewünschte Nachweisung der entwandten Sache („Ob indicium"). Diese Klage ist übrigens keine, ausnahmweise ex pacto nudo gestattete, sondern die Klage aus dem Innominatcontracte (actio praescriptis verbis); und da dieser allein durch eine Leistung begründet wird, ein Realcontract ist, so kann man nur annehmen, daß hier das pactum nudum, oder auch das einseitige Versprechen, erst durch die gegenseitige Leistung in den Realcontract: facio ut des, übergegangen sey, und hierin der Grund des dem Promissar zugestandenen Klagrechts liege.

4. Da bei uns jeder Vertrag ein Klagrecht begründet, so genügt es jetzt, zu untersuchen, ob in einem gegebenen Falle das einseitige Versprechen nachmals in einen Vertrag übergegangen ist? Sobald nemlich die dazu erforderliche Einwilligung erklärt ist, findet sich der Vertrag geschlossen; und da jene Erklärung aus concludenten Thatsachen gefolgert werden muß, so tritt zugleich mit diesen auch jene Wirkung ein. War nun nach römischen Rechten die Leistung von Seiten des Promissars der eigentliche Grund des ihm zustehenden Klagrechts, indem er dem Vertrage die causam civilem bei-

legte, so fällt dieses gegenwärtig hinweg. Jene Leistung enthält an sich nur die Erfüllung der Bedingung, von welcher die versprochene Belohnung abhängig gemacht ist; begründet aber den Vertrag nur in sofern, als die Einwilligung von Seiten des Promissars nicht schon früher durch Wort oder That ausgedrückt seyn sollte. Denn ist dieses geschehen, so bestehet der Vertrag, und kann zwar vor der Erfüllung von Seiten des Promissars diesem keine Klage auf die erhaltene Zusage geben, hindert jedoch jede einseitige Aufrufung von Seiten des Promittenten. Eine, abgesondert von jener Erfüllung durch Handlungen geäußerte Einwilligung ist z. B. dann anzunehmen, wann unzweideutige Schritte geschehen sind, um das zu leisten, weshalb die Belohnung ausgeboten ist.

In Ansehung der Frage, in wiefern eine Auslobung einer Belohnung zurückgenommen werden könne, treten übrigens die oben angedeuteten Grundsätze noch gegenwärtig in ihrem ganzen Umfange ein.

XII.

Beitrag zur Lehre von der Legitimation zu der Erbfolge in das Vermögen eines Verschollenen.

---

1. Das römische Recht unterwarf die Güter abwesender Personen einer besondern Obhut der Richter [1]), und wies diese an, nicht nur bei der gerichtlichen Vertheidigung solcher Güter Verwandte und Sklaven des Abwesenden ohne Vollmacht zuzulassen, sondern auch, sobald die Umstände es erforderten, einen Curator darüber anzuordnen [2]), welcher dann nicht nothwendig aus des Abwesenden Verwandten genommen werden mußte,

---

[1]) Kaiser Constantin rescribirte im Jahre 326 (Cod, Theodos. IV, 22. 1.): „Judices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam, et auctoritatis suae formidabile ministerium obiiciant, atque ita tueantur absentes.“ Vide L. 1. C. Si per vim. (VIII, 5.).

[2]) L. 6. §. 2. D. Quib. ex caus. in poss. (XLII. 4.); L. 15. D. Ex quib. caus. major (IV, 6.); L. 6. D. de tutelis (XXVI, 1.).

indem man die cura absentis nicht als legitima, vielmehr als dativa betrachtete, und also ohne Rücksicht auf Verwandschaft zu bestellen pflegte [3]).

In Ansehung der Erbfolge in eines Abwesenden Vermögen blieben die Römer streng bei dem Grundsatze stehen, daß ein Erbrecht nur da gelten gemacht werden könne, wo der Tod des Erblassers in rechtliche Gewißheit gebracht ist [4]), und erforderten daher den Beweis des Todes selbst in Fällen, wo der Aufenthaltsort unbekannt und das Leben des Abwesenden ungewiß, mithin eine wirkliche Verschollenheit anzunehmen war. Die Kaiser Diocletian und Maximian rescribirten daher, L. 4. C. de postlim. revers. (VIII, 5.): „Nec nos praeteriit, hereditatem eius, quam incognitum erat, ab hostibus interfectam, an captam esse, a filio adire non potuisse, quoniam eornm bona, quae in hostium potestatem rediguntur, eo demum tempore successionis iure acquiri possunt, cum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur. Nec super facultatibus eius, cuius incerta vita vel fortuna fuit, transigi vel iudicari potuit."

---

[3]) L. 3. C. de postlim. revers. (VIII, 51.): „Rector provinciae providebit, (curatorem) eum sub observatione consueta constituere, qui stipulante servo publico satis idone dederit."

[4]) L. 19. D. de acquir. vel omitt. heredit. (XXIX, 2.); „Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem" L. 32. eodem. *Leyser*, Sp. 95 et 96. *Hofacker*, Pr. J. C. §. 1681 seq.

2. Bei den Deutschen fiel die Ansicht hinweg, daß bei Lebzeiten des Besitzers über die Erbfolge in dessen Vermögen kein Vertrag, noch eine richterliche Verfügung Statt finden dürfe; es war vielmehr herkömmlich, das Grundeigenthum, den Hauptbestand des Vermögens unsrer Vorfahren, als ein gemeinsames Gut der Familie zu betrachten, und deshalb dem nächsten Erben noch vor des Besitzers Tode zu übertragen, sobald Alter oder Untüchtigkeit diesen hinderten, der Verwaltung seiner Güter gehörig vorzustehen. Von diesem Grundsatze gieng man auch in dem Falle aus, wo Jemand, ohne wegen der Bewirthschaftung seines Vermögens Ordnung getroffen zu haben und Nachricht von sich zu geben, sich entfernt hielt; und es entstand auf diese Weise die cura absentis der Verwandten, welche als eine erfrühete Erbfolge behandelt, mithin ohne Rücksicht auf die Tüchtigkeit zur Verwaltung, zum Besten des nächsten Erben zugelassen ward, sobald die Bedingung der Verschollenheit eintrat und die Erbfähigkeit, sowol überhaupt, als in Hinsicht etwa concurrirender Verwandte, ausgemacht war [5]).

Allein das Eindringen des römischen Rechts erzeugte auch in dieser Materie eine Verwirrung der Begriffe in Ansehung des ihr ursprünglich unterliegenden Grundsatzes. Man verlor die aus der Dereliction entspringende, vom Tode des bisherigen Eigenthümers unabhängige, Nothwendigkeit einer Eintretung des Erben aus

---

[5]) *Schilter*, Prax. J. Rom. exerc, XV, §. 71 seq. *Pufendorf*, Obs. J. Un. IV, 84. *Leyser*, Med. ad P. Spec. 97.

dem Auge, und erforderte jenen Tod als Bedingung der Vererbung, indem man den Verwandten bis dahin nur zu einer Verwaltung ließ, welcher man freilich die Wirkung einer tutela fructuaria in gewisser Maße beilegte. In Ansehung des erforderlichen Beweises des Todes ward jedoch von der Strenge des römischen Rechts nachgelassen und, wann dieses rechtliche Gewißheit durch förmliche Beweisführung erforderte, an dessen Statt eine Rechtsvermuthung genügend erachtet, indem man den Abwesenden für todt annimmt, sobald seit seiner Geburt ein siebenzigjähriger Zeitraum verstrichen ist [6]), vorausgesetzt, daß übrigens die Erfordernisse der Verschollenheit vorhanden sind. Ja, man schließt, und allerdings folgerecht, weiter, daß die Zulassung einer solchen Rechtsvermuthung überhaupt die Statthaftigkeit eines künstlichen Beweises, durch eine Zusammenstellung anderer factischen Vermuthungen abnehmen lasse, mithin der Tod auch vor Ablauf jenes Zeitraums auf diese Weise dargethan werden könne [7]).

3. So lange von dem erstgedachten Gesichtspunkte ausgegangen ward, war es folgerecht, die Nähe des Verwandtschaftsgrades in Beziehung auf das Erbrecht nach dem Zeitpunkte zu bestimmen, wo die gesetzliche Verwaltung eingetreten war; da diese nemlich nur in

---

[6]) *Lauterbach*, Coll. V. 5, §. 24. Glück's Comment. VII, S. 494 f. Desselben Intestaterbf. §. 2. *Müller* ad Leys. I, obs. 240. u. A. m.

[7]) *Leyser*, Med. ad P. Sp. 96. m. 6. *Hofacker*, Pr. J. C. §. 1682. Glück, Int. Erbf. §. 2.

Hinsicht des zustehenden Erbrechts Statt fand, und gleichsam als eine, unter einer auflösenden Bedingung eintretende, Erbfolge betrachtet ward. Seitdem man aber den Beweis des Todes erfordert, und in dessen Ermangelung die bemerkte Rechtsvermuthung zugelassen hat, kann bei solcher Berechnung nur die Zeit des erwiesenen oder rechtlich vermutheten Todes berücksichtigt werden [8]), und wirklich hat diese Theorie, zumal in der neuern Zeit, eine fast allgemeine Aufnahme gefunden [9]).

Aus dieser veränderten Ansicht sind erhebliche Folgen für die ganze Lehre von der Verschollenheit hervorgegangen. Einmal ist die altdeutsche cura absentis der Verwandten, indem sie kein Vorrecht bei der künftigen Erbfolge mehr gewährt, und nicht nur gewisse Bescheinigungen über den Grad der Verwandtschaft, sondern auch eine beschwerliche Cautionsleistung erfordert, immer seltener geworden, und hat der römischen Dativcuratel den Platz eingeräumt. Sodann wird von den Gerichten, eben weil aus dieser Art der Curatel dem Abwesenden überall kein Nachtheil erwachsen kann, um so leichter zu deren Anordnung geschritten. Man begnügt sich gewöhnlich mit einer leichten Untersuchung über die Um-

---

[8]) §. 6. J. de legitim. agnat. (III, 2.): „Proximus autem —, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cuius de hereditate quaeritur.“

[9]) *J. Chr. Koch*, Diss. Utrum absentium successio fiat ex nunc, an ex tunc? auct. 2. tract. de Success. ob intest. Die Literatur über diese Streitfrage findet sich bei *Müller*, (ad Leys. I, obs. 241. b) und Glück (Comm. VII, S. 496, Note 93).

stände der Entfernung des Abwesenden und die Dauer derselben, und erachtet eine Erkundigung nach seinem Leben und Aufenthalte für den vorhabenden Zweck überflüssig. Zu einer Erörterung der Nähe der Verwandtschaft in Ansehung einer künftigen Erbfolge findet man dabei gar keine Veranlassung. Es entspringt hieraus die Nothwendigkeit, wenn demnächst ein Erbrecht gelten gemacht und in dem präsumtiven Tode des Abwesenden gegründet wird, die Erfordernisse der Verschollenheit nachträglich herbeizuschaffen und diejenigen Maßregeln nachzuholen, welche wirksamer damals anzuordnen gewesen wären, als die Entfernung des Abwesenden zur Kenntniß der Obrigkeit gelangte, und die Spur desselben noch leichter zu verfolgen war. Ohne bei der bloßen Nachweisung des Ablaufs der erforderlichen Zeit seit der Geburt des Abwesenden stehen bleiben zu dürfen, muß nemlich jetzt theils über die Umstände der Entfernung und Abwesenheit die Aufklärung, sofern es daran mangelt, vervollständiget werden, theils ist eine öffentliche Vorladung des Verschollenen unter Androhung des Rechtsnachtheiles, hinsichtlich seines vorhandenen Vermögens für todt erklärt zu werden, zuvor zu verfügen. Diese Edictalladung bildet hier nicht nur ein wesentliches Erforderniß des Verfahrens über den Beweis des Todes, da ein solcher Beweis nur gegen einen Gegner verhandelt werden kann, der Abwesende aber, so lange der Beweis noch nicht für geführt rechtlich erkannt ist, als lebend angesehen werden muß; sondern sie macht zugleich einen Bestandtheil der vorgedachten Rechtsvermuthung für den Tod des Abwesenden aus, indem sie

die Bedingungen der Verschollenheit ergänzt, unter deren Voraussetzung allein das siebenzigjährige Alter jene Rechtsvermuthung begründet.

Ihrer eigentlichen Bestimmung gemäß bezieht sich diese Ladung bloß auf den Abwesenden; allein bei der Verpflichtung der Gerichte, der Abwesenden Rechte möglichst zu sichern (§. 1.), und da der Verschollene in seiner Abwesenheit Verbindungen eingegangen seyn oder Verfügungen getroffen haben könnte, woraus andern unbekannten und ebenfalls abwesenden Personen Ansprüche an seinem Vermögen erwachsen seyn möchten, die Amtspflicht des Richters aber erfordert, bei gerichtlichen Verhandlungen diejenigen herbeizuziehen, welche irgend ein Recht dabei wahrzunehmen haben [10]); so verbindet der Gerichtsgebrauch damit zugleich eine Aufforderung eines Jeden, welcher an des Verschollenen Vermögen, sey es als Erbe oder als Gläubiger, irgend einen Anspruch machen könnte, und zwar unter dem angedroheten Rechtsnachtheile der Abweisung von diesem Vermögen [11]).

4. Aus der bemerkten Verschiedenheit der in Beziehung auf diese Lehre gefaßten Ansichten, besonders aber aus der eben erwähnten Verbindung von einander unterschiedener Gegenstände und Zwecke in derselben

---

10) *J. Claproth*, Jurisprd. extraiud. §. 17 et 19. arg. L. 1. §. 1. et L. 7. D. de pact. dotal. (XXIII, 4.) vergl. L. 1. C. Quomodo et quando (VII, 43.).

11) Schmidt, Lehrb. von Kl. und Einr. §. 516. *Pufendorf*, Proc. Civ. Brunsv. Luneb. L. II, cap. 2, §. 4 et 29.

Edictalladung sind mehrere Zweifel von großer practischer Erheblichkeit entsprungen. Ist es nöthig, daß die öffentliche Vorladung zugleich auf die etwa vorhandenen Erben mit erstreckt werde, so daß es zur Legitimation des den Nachlaß ansprechenden Erben oder zu der ihm obliegenden Beweisführung gehört? Ist die Befugniß, zugleich solche unbekannte Erben mit in den Edictalien zu begreifen, von der Nachweisung des siebenzigjährigen Alters des Verschollenen in der Maße abhängig, daß bei einem, vor diesem Zeitpunkte durch andere factische Vermuthungen geführten, Beweise des Todes sie nicht zugelassen werden kann? Diese Fragen sollen jetzt erörtert werden.

Es leuchtet ein, daß dieselben nur da aufgeworfen werden können, wo ein Erbrecht an des Abwesenden Vermögen gelten gemacht und in dessen Tode gegründet werden soll. Denn wo irgend ein persönliches Recht, als durch den Tod des Verschollenen erledigt, in Anspruch genommen wird, z. B. eine Pfründe als eröffnet, ein Nießbrauch als beendigt angesehen, ein peinliches Verfahren eingestellt, zu einer anderweiten Ehe geschritten werden soll, kann auf Personen keine Rücksicht zu nehmen seyn, die an des Abwesenden Nachlaß ein Erbrecht oder einen andern Anspruch haben könnten.

5. Dem Antrag desjenigen, welcher als Erbe die Ueberweisung des vom Abwesenden hinterlassenen Vermögens verlangt, liegt immer die Erbschaftsklage zum Grunde, es möge der Anspruch nun gegen einen, als gesetzlicher Curator im Besitze des Vermögens sich befindenden, Verwandten, mittelst einer förmlichen Klage

gerichtet, oder, im Falle einer angeordneten Dativcuratel, durch eine sogenannte imploratio officii judicis angebracht seyn. Denn daß man sodann der Klage diese Einkleidung giebt [12]), weil der Curator nur den Verschollenen vertreten kann, und selbst nach dessen Todeserklärung, als Verwalter einer liegenden Erbschaft, noch immer bloß denselben vorstellt, niemals aber als zum Besten unbekannter Interessenten zu handeln erachtet wird [13]), mithin es an einem rechtlichen Gegner fehlt, vermag den Grund und die Natur der Klage nicht zu verändern.

Der Klaggrund ist bei der Erbschaftsklage zusammengesetzt, und liegt in dem Tode des Erblassers und dem Erbrechte des Klägers. Von dem Beweise des ersten ist das Nöthige bereits bemerkt; dieses hingegen geht aus der Nachweisung einer Verwandtschaft, geeignet eine gesetzliche Erbfolge zu begründen, oder eines andern, ein Erbrecht bewirkenden Verhältnisses, oder einer letztwilligen Verfügung des Erblassers hervor. Gründet sich der Kläger in der gesetzlichen Erbfolge, so genügt es gegen einen fremden Inhaber irgend eine erbfähige Verwandtschaft darzuthun; wogegen ein gleiches oder ein vorzüglicheres Erbrecht nachgewiesen werden muß, wenn

---

12) **Schmidt, Klag. und Einr.** §. 513.

13) L. 34. D. de acquir. rer. domin. (XLI, 1.): „Hereditas non enim heredis personam, sed defuncti sustinet.“ und §. 2. J. de hered. instit. (II, 14.): „Nondum adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti.“

ein anderer Verwandter durch die Klage ganz oder zum Theil ausgeschlossen werden soll. Nur einzig in diesem Falle ist nemlich das Erbrecht selbst unter den Parteien streitig, und dieser Streit, indem das Recht an sich beiden Theilen zukömmt, nur nach den Bestimmungen über die Erbfolgeordnung zu entscheiden. Dort hingegen gehört das Erbrecht mehr zur Legitimation des Klägers, und bildet keinen Gegenstand des Streits, da derjenige, welcher bloß pro possessore die Erbschaft besitzt, für sich kein Erbrecht in Anspruch nehmen kann, und Jedem weichen muß, dem ein solches zur Seite steht, und dieser so lange nach der Erbfolgeordnung berufen erachtet werden muß, bis ein Anderer als gesetzlicher Erbe einen Vorzug nachzuweisen vermag [14]).

Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den Erbanspruch an eines Verschollenen Vermögen ergiebt sich Folgendes. Wird gegen einen Verwandten als Inhaber der Erbschaft geklagt und von diesem ein Erbrecht behauptet, so muß der Kläger sein Vorzugsrecht nach den Regeln von der Ordnung der Erbfolge darthun. Befindet sich das Vermögen in der Verwaltung eines Dativcurators, so bedarf es nur der Nachweisung irgend eines Grades der Verwandtschaft, welche überhaupt ein Erbrecht zu begründen fähig ist. Denn der Curator vertritt hier nie, selbst nachdem des Verschollenen Tod

---

[14]) *Lauterbach*, Coll. V, 3, §. 25. *Voet*, Comm. V, 3, §. 4 — 6. *Hofacker*, Pr. J. C. § 1684. *Malblanc*, Pr. J. R. §. 376. Thibaut, Syst. des Pand. R. §. 740.

rechtlich feststeht nicht, einen vielleicht vorhandenen nähern Erben desselben; er erscheint also gegen einen jeden erbfähigen Verwandten als unbefugter Inhaber, und kann die Herausgabe des Vermögens um so weniger verweigern, als er dabei gegen künftige Ansprüche von Seiten näherer Erben vollständig gesichert ist [15]). Auch kann der Richter, obwol er hier von amtswegen einschreitet und kraft der ihm zustehenden Obervormundschaft die Güter der Abwesenden und deren Rechte zu schützen hat, vom Kläger nicht mehr verlangen, als daß derselbe zur Erbfolge in der erwähnten Maße sich legitimirt. Ist der Abwesende für todt erklärt, oder sind die Erfordernisse dieser Erklärung vorhanden, so hat der Richter jener Obliegenheit ein Genüge geleistet, und darf dieselbe nicht auf Personen beziehen, deren Daseyn ungewiß ist, noch auf Rechte, welche dem Objekte und Subjekte nach unbestimmt und unbekannt sind; noch weniger aber ist es statthaft, wegen der bloßen Möglichkeit eines nähern Erbrechts an Seiten eines Dritten, den Kläger, gegen die vorbemerkten Rechtsgrundsätze, mit der Beweisführung zu belästigen, daß kein näherer Erbe vorhanden sey. Es würde dieses der Gegenbeweis einer nicht vorgeschützten, noch weniger erwiesenen Einrede seyn. Liegt nun aber dem Kläger in diesem Falle der Beweis nicht ob, der nächste Verwandte des für todt erklärten Verschollenen zu seyn, so bedarf es der öffentlichen Vorladung unbekannter Erbinteressenten nicht, so-

---

15) L. 167, §. 1. D. de Reg. Jur. (L, 17.). *Leyser*, Med. ad P. Spec. 98, m. 10.

wenig um jene Todeserklärung auszusprechen, als um darauf die Ueberweisung des Nachlasses an den Kläger zu gründen. Jura vigilantibus scripta sunt, heißt in Ansehung solcher Personen, welchen endlich, sollten sie durch Umstände an Wahrnehmung ihrer Rechte behindert seyn, die Restitution wegen Abwesenheit ein Mittel darbietet, dieselben wiederum gelten zu machen.

6. Es entsteht hier die Bedenklichkeit, ob nicht Herkommen und Gerichtsgebrauch, denen wir die Grundsätze von der Todeserklärung und der Eintretung in die Güter eines Verschollenen nach ihrer jetzigen Ausbildung verdanken, die Erstreckung der Edictalladungen auf unbekannte Erbinteressenten erfordern, und in sofern eine Abweichung von dem gemeinen Rechte begründen? Allein ein Gewohnheitsrecht dieser Art, was den Richter hindern könnte, nach seiner Pflicht die Praxis mit der Rechtstheorie hier in Einklang zu bringen, ist keineswegs vorhanden.

Die Verbindung der öffentlichen Vorladung der etwa vorhandenen Erbinteressenten mit der des Abwesenden wird, angenommen, daß sie allgemein als nothwendig erachtet würde, nicht zu den Obliegenheiten des Klägers, als zu dessen Legitimation oder dem Beweise seines Klaggrundes gehörig gerechnet, sondern aus der Pflicht des Richters abgeleitet, für Abwesende Sorge zu tragen [16]). Das unwandelbare Recht des Klägers kann also nicht durch eine, nur unter Umständen eintretende,

---

[16]) Gönner, Prozeß ꝛc. IV, No. 55, §. 54 f.

Berücksichtigung der Rechte eines Andern bedingt seyn; noch eine aus der Amtspflicht der Gerichte hervorgehende Maßregel von der Art abhängen, auf welche der Kläger seine Legitimation beschafft und seinen Klaggrund erweiset. Liegt jene Vorladung dem Richter ob, auch wenn Kläger seinen Antrag nicht darauf erstreckt haben sollte; so wird sie zu verfügen seyn, es mag nun der Kläger einen Theil seines Klaggrundes, nemlich den Tod des Abwesenden, direct oder vermöge eines künstlichen Beweises, und in diesem Falle durch die aus dem Alter entspringende Rechtsvermuthung, oder durch andere Thatsachen dargethan haben. Es ändert diese Ansicht nicht, daß der Kläger jene Erstreckung der Edictalladung auch auf unbekannte Erbinteressenten gewöhnlich selbst nachzusuchen pflegt. Denn dieses geschieht, wie die damit gleichfalls herkömmlich verbundene Vorladung der etwa vorhandenen Erbschaftsgläubiger [17]), bloß als Sicherungsmittel gegen künftige unerwartete Ansprüche, und gehört so wenig zu der Begründung des vom Kläger verfolgten Rechts, als eine solche, auch bei der Uebertragung von Grundstücken übliche, öffentliche Vorladung zur Form des darüber abgeschlossenen Kaufs zu rechnen ist.

7. Man muß also annehmen:

daß derjenige, welcher als Intestaterbe eines Verschollenen die Todeserklärung desselben und die Addudication dessen Vermögens auswirken will, der

---

[17]) Schmidt, Klag. und Einr. §. 516. u. A. m,

Präclusion unbekannter, etwa besser berechtigter, Erben dazu nicht bedarf, vielmehr die Einweisnng in den eröffneten Nachlaß verlangen kann, sobald die Todeserklärung erfolgt, oder das Gesuch darauf begründet ist, und er einen erbfähigen Grad der Verwandtschaft dargethan hat.

Es folgt ferner hieraus:

daß es in Hinsicht auf die öffentliche Vorladung etwa vorhandener Erbinteressenten gleichgültig ist, auf welche Weise der Tod des Verschollenen dargethan seyn mag, und der Kläger darauf antragen, der Richter von amtswegen sie verfügen kann, selbst wenn, bevor der Verschollene das siebenzigste Lebensjahr erreicht haben würde, sein Tod durch factische Vermuthungen sollte dargethan seyn.

8. Unabhängig von diesen Grundsätzen sind übrigens die Bedingungen einer Vorladung unbekannter Interessenten, wenn der für legitimirt anzunehmende Erbe zu seiner Sicherheit die Präclusion gegen dieselben auswirken will. Eine solche Vorladung ist nemlich als eine Provocation zu betrachten, und das Präjudiz der Präclusion enthält eine solche Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß dieselbe nur in soweit zugelassen werden kann, als sie gesetzlich begründet ist. Wo der Gerichtsgebrauch diese Maßregel zuläßt, muß man sich daher streng an den Bedingungen halten, unter denen sie hergebracht ist, und so wird es von dem Provincialherkommen abhängen, ob jene Vorladung vor Ablauf des siebenzigjährigen Zeitraumes seit des Verschollenen Geburt zu dem erwähnten Zwecke verfügt werden könne?

Es ist jedoch dabei nochmals zu bemerken, daß die Todeserklärung dadurch nicht aufgehalten werden kann, und daß die Ueberweisung des Vermögens des Verschollenen wiederum eine Folge jener Erklärung ist, sobald der Nachsuchende sich überhaupt als gesetzlicher Erbe legitimirt hat. Auch darf nicht übersehen werden, daß die Vorladung hier von einer wirklichen Provocation in wesentlichen Punkten abweicht, und eine so strenge Begründung schon deshalb nicht erfordern kann, da selbst das Daseyn eines Vorzuladenden ungewiß ist, und bei der rechtlichen Vermuthung, daß die Edictalladung zur Kenntniß eines jeden Interessenten gelangt, leichter zu schließen ist, daß keine Berechtigung dem Extrahenten entgegensteht, oder den etwa Berechtigten ehe der Vorwurf einer beizumessenden Vernachlässigung und deren Folgen treffen muß, als wo es darauf ankömmt, einen wirklich vorhandenen Gegner seines Rechts verlustig zu erklären, bloß weil er einer solchen Ladung nicht gefolgt ist, die ihm doch unbekannt geblieben seyn könnte.

9. Wollte und könnte man aber auch die oben aufgeworfenen Fragen auf eine andere Weise entscheiden, so wird dennoch nur die Ueberweisung des Vermögens, keinesweges aber die Todeserklärung des Verschollenen bis zu dessen siebenzigjährigem Alter ausgesetzt werden können, sobald der Tod auf andere Weise früher durch künstlichen Beweis dargethan seyn sollte. Denn dieser Beweis besteht für sich, und kann zwar auf ein Erbrecht bezogen werden, nicht aber davon abhängig seyn, daß der Kläger darthut, wie ihn schon jetzt die Erb-

folgeordnung mit Ausschluß aller Andern treffe. Auch können die Verwandten, ohne Rücksicht auf ein gegenwärtiges Erbrecht an dem Vermögen des Verschollenen, bei dessen Todeserklärung ein Interesse haben, indem derselbe wenigstenst bei künftig erledigten Erbschaften sodann nicht mehr mitzählt.

XIII.

Schließt die eidliche Entsagung der den Weibern ertheilten Rechtswohlthaten, oder des Rechts aus dem SCto. Macedoniano die Restitution wegen Minderjährigkeit an sich aus, oder muß der Eid ausdrücklich auf diese zugleich gerichtet seyn?

---

1. Die eidlichen Bestärkungen der von Minderjährigen eingegangenen Verträge, wodurch die Sicherheit des andern Contrahenten gegen künftige Restitutionsgesuche bezweckt wird, werden gewöhnlich als Entsagungen der den Minderjährigen zustehenden Rechtswohlthaten angesehen, und dem gemäß in den darüber aufgenommenen Urkunden und gerichtlichen Schriften gefaßt. Da nun Verzichte nach dem Buchstaben genommen und streng erklärt werden müssen; so wird oft der Zweifel aufgeworfen, ob da, wo den Minderjährigen aus verschiedenen Ursachen mehrere Rechtswohlthaten gegen eingegangene Verpflichtungen zukommen, ein eidlicher Ver-

zicht auch auf die nicht ausgedrückten Rechtswohlthaten bezogen werden könne? Dieser Fall tritt ein, wenn der Minderjährige zugleich Haussohn ist, und gegen den Macedonischen Senatsbeschluß ein Anlehen unter eidlicher Bestärkung aufgenommen hat, oder wenn eine Frauensperson vor erreichter Volljährigkeit überhaupt, oder für ihren Mann eidlich eine Bürgschaft eingegangen, der Eid aber bloß einer Entsagung der Exceptio SCti Macedoniani, oder der Exceptio SCti Vellejani et Authenticae: Si qua mulier, hinzugefügt ist.

Es pflegt unter diesen Umständen die Wirkung des Eides auf diejenigen Rechtswohlthaten beschränkt zu werden, worauf die damit bestärkte Verzichtung gerichtet ist; so daß die Restitution wegen Minderjährigkeit in den angenommenen Fällen zugelassen wird [1]). In wiefern dieses der Theorie gemäß sey, soll hier erörtert werden.

2. Das römische Recht enthält wegen der eidlichen Bestärkung der, von Minderjährigen eingegangenen, Verbindlichkeiten das bekannte Rescript des Kaisers Alexander Severus. L. 1. C. Si adversus venditionem (,II 28). „Si minor viginti quinque annis emtori praedii cavisti: nullam de caetero te esse controversiam facturum, iaque etiam iureiurando corporaliter praestito servare confirmasti; neque perfidiae, neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.“ Hier wird,

---

[1]) *J. H. Böhmer*, J. E. Pr. L. II, Tit. 24, §. 40, in fine. v. Rübling, Entscheidungen des Ober-Appell. Ger. zu Celle. No. 70.

ohne eine nähere Angabe der bei dem entschiedenen Falle eingetretenen Umstände, der Grundsatz im Allgemeinen ausgesprochen, daß eine eidliche Bestärkung einer, von einem Minderjährigen übernommenen, Verbindlichkeit nicht solle angefochten werden können. Die Fassung dieses Rescripts läßt ersehen, daß hier eine Restitution wegen Minderjährigkeit nachgesucht war, und der Grund der dieselbe unstatthaft erklärenden gesetzlichen Bestimmung wird dahin angegeben, daß Wortbruch und Meineid nicht befördert werden könnten.

Erwägt man, daß die, schon zu Cicero's Zeiten vorhandene [2]), Lex Plaetoria die Curatel der Minderjährigen veranlaßt und in gewissen Fällen nothwendig gemacht habe; daß diese Curatel unter Kaiser Marc Aurel viel gewöhnlicher, als zuvor, geworden ist [3]), und daß sie nach Kaiser Septimius Severus dergestalt die Regel bildete, daß nur die ertheilte venia aetatis eine Ausnahme davon zu begründen vermogte [4]); so kann jenes Rescript nur als eine allgemeine Vorschrift über die

---

[2]) *Cicero*, de natura Deorum, III, 30. S. auch *Plautus*, in Pseudolo, Act. 1, Scen. 3, V. 68.

[3]) Hugo, Gesch. d. Röm. R. §. 163 und 281.

[4]) L. 1, §. 3. etc. et L. 3. pr. D. de minor. viginti (IV, 4.): „— hodie in hanc usque aetatem (scil. 25 annor.) adolescentes curatorum auxilio reguntur; nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam administrantibus. — Denique D. Severus, et Imperator noster, huiusmodi Consulum vel Praesidum decreta, quasi ambitiosa esse interpretati sunt; Ipsi autem perraro minoribus rerum suarum administrationem extra ordinem indulserunt; et eodem iure utimur.“

Wirkung des, von einem Minderjährigen zur Bestärkung seiner Zusage geschwornen, Eides angesehen werden, ohne den Fall davon auszuschließen, wo der Minderjährige ohne Curator gehandelt hat, indem ein solcher Vertrag nichtig wäre, mithin durch den Eid nicht aufrecht erhalten würde [5]). Ohnehin könnte diese Nichtigkeit, da sie allein zum Besten des Schwörenden angeordnet ist, in der Maße hier nicht beachtet werden.

3. Der von einem Minderjährigen, bei Uebernahme einer Verpflichtung zu deren Bestärkung, geleistete Eid hat also schon nach römischem Rechte die Wirkung, daß die Handlung des Minderjährigen so betrachtet werden muß, als ob er dieselbe in seiner Volljährigkeit vorgenommen habe. Eine Wirkung, welche dieses Recht übrigens nur der wirklichen Abschwörung des Eides, nicht aber der schriftlich ausgedrückten Betheuerung unter Eidesform beilegt, weil es mit Grund annahm, daß die Unterschrift einer so gefaßten Urkunde aus jugendlicher Uebereilung, und ohne deutliche Vorstellung der aus dem Eide hervorgehenden Verpflichtung geschehen seyn könne. Es zeigen dieses die Worte des angeführten Rescripts: „iurejurando corporaliter praestito," verbunden mit der Bestimmung der L. 3. C. Si minor se majorem (II, 43.), wo der körperliche Eid der bloß schriftlich ausgedrückten Eidesformul in seiner Wirksamkeit ausdrücklich entgegengestellt wird.

---

5) Diese Controverse ist ziemlich vollständig erörtert in Duistorp, Beiträge No. 24, und die Literatur daselbst angeführt.

Auf die Form der eidlich bestärkten Erklärung kommt es hier nicht an, vorausgesetzt, daß der Eid irgend einer Zusage hinzugefügt worden ist, woraus eine Verpflichtung für den Minderjährigen und ein Recht eines Andern hat hervorgehen sollen. Wo die dem Eide widersprechende Handlung einen Wortbruch enthalten würde, ist diese unstatthaft; „neque perfidiae, neque periurii auctorem me tibi futurum sperare debuisti.“ Die Einkleidung in einen Verzicht auf die iura minorum, oder auf die Restitution wegen Minderjährigkeit, ist hier nicht erforderlich, wie bei der eidlichen Verbürgung der Frauenspersonen die Praxis nach den Worten der Novella 118, cap. 5 [6]) angenommen hat.

4. Noch bestimmter ist der Grundsatz von der Unverletzlichkeit des Eides auf die Verträge der Minderjährigen in der Verordnung des Kaisers Friederich des Ersten angewendet, welche in II Feudor. 53. §. 3 enthalten, und dem Corpus iuris als eine Authentik einverleibt ist. Auth. Sacram. puber. C. Si advers. vendit. (II, 28.). „Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel per iustum metum extorta etiam a majoribus nullius esse momenti iubemus.“

Obwol dieses Gesetz mit den Grundsätzen des canonischen Rechts übereinstimmt [7]), so enthält es doch keine

---

[6]) „His — tutelam subire permittimus, si inter gesta — Vellejani Senatusconsulti auxilio renunciant.“

[7]) Cap. 2, 8, 17, 25 und 28. X. de iurej. (II, 24.); Cap. 2. de pactis in 6to (I, 18.).

Erweiterung der Vorschriften der römischen Gesetzgebung, und kann nur als eine bestimmter ausgedrückte und allgemeiner gefaßte Bestätigung jenes Rescripts des Kaisers Alexander betrachtet werden. Jeder Vertrag, welchem ein eidlich bestärktes Versprechen hinzugefügt ist, muß der Minderjährigkeit des Contrahenten ungeachtet unverbrüchlich gehalten werden, falls nicht Umstände eintreten, die selbst eines Volljährigen Vertrag unverbindlich machen würden. Die Entsagung der Restitution wegen Minderjährigkeit wird dabei so wenig erfordert, als es überhaupt nöthig ist, derselben zu erwähnen; genug, wenn ein eidliches Angelöbniß vorhanden ist, die Restitution also zu dessen Umgehung führen, einen Wortbruch enthalten würde.

Der Eid muß daher stets befolgt werden, und schließt die Restitution immer aus, wofern nicht entweder ein verbietendes Gesetz entgegensteht [8]), oder aus den Umständen ein Mangel in der Einwilligung hervorgeht. Denn der Eid ist eine accessorische Handlung, und da die Einwilligung in den Vertrag zugleich auf dessen eidliche Bestärkung gerichtet war, so hängt auch deren Wirksamkeit von jenem wesentlichen Erfordernisse jeder Vereinbarung ab. Daher machen Zwang, Furcht, Irrthum den Vertrag auch dann ungültig, wann demselben ein eidliches Angelöbniß hinzugefügt seyn sollte [9]). Aber

---

[8]) L. 7. §. 16. D. de pactis (II, 14.); L. 5. §. 1. C. de LL. (I, 14.); Cap. 13 et 33, X. de iurejur. (II, 24.).

[9]) Auth. Sacram. puber. l. c. und Cap. 2, 8. X. de iurejur.

Nichtigkeiten aus der Verletzung solcher gesetzlicher Bestimmungen, welche lediglich den Nutzen des Schwörenden bezwecken, werden durch den Eid beseitigt, und können ferner nicht gelten gemacht werden [10]).

5. Werden diese Grundsätze auf die vorbemerkten Fälle angewendet, so ergiebt sich, daß die Verbürgung einer Frau für ihren Ehemann, oder deren Erklärung, mit ihrem Eingebrachten den Gläubigern desselben nachstehen zu wollen, so wie jede Bürgschaft einer Frauensperson für einen Andern, wenn sie unter eidlicher Entsagung auf die Rechtswohlthat der Authenticae, si qua mulier, und des SCti Vellejani Statt gefunden hat, auch die Restitution wegen Minderjährigkeit ausschließen muß; sollte dieser Rechtswohlthat auch nicht mit entsagt, ja, der Minderjährigkeit überall nicht gedacht seyn. Die Verbürgung enthält immer eine Zusage, welche durch die Restitution verletzt werden würde, und so ging aus dieser ein Wortbruch und, in Hinsicht der eidlichen Bestärkung, ein Meineid hervor; so daß die Restitution wegen Minderjährigkeit unstatthaft erscheint.

Im umgekehrten Falle, wenn die Frau bloß auf die Rechte der Minderjährigkeit eidlich verzichtet, oder auch, ohne solche Entsagung auszudrücken, nur die Verbürgung eidlich bestärkt haben sollte, treten andere Grundsätze ein. Der Eid legt hier dem Vertrage bloß die

---

(II, 24.); Cap. 2, de iurejur. in 6to (II, 11.). *Pufendorf*, Obs. Jur. Vn. III. 48.

10) Cap. 2, de pactis in 6to (I, 18.); Cap. 28, X. de iurejur. (II, 24.).

Wirkung bei, daß er, als unter Volljährigen errichtet, angesehen werden muß. Einreden und Rechtswohlthaten, die ohne Rücksicht des Alters den Contrahenten zustehen, können also durch solchen Eid nicht ausgeschlossen werden, um so weniger, als man annehmen muß, daß die Contrahenten an dieselben überhaupt nicht gedacht haben, der Schwörende mithin selbst in seinem Gewissen nicht bis dahin verpflichtet erachtet werden kann. Denn bei den Weibern wird in diesem Falle eine Rechtsunkunde vorausgesetzt [11]). Ueberdem erfordern viele Rechtslehrer, selbst im Falle der eidlichen Entsagung, die vorgängige Belehrung über die weiblichen Rechtswohlthaten [12]); auch wird hier die Form einer Entsagung gewöhnlich nöthig erachtet [13]), und es liegt in dem Wesen derselben, nur ausdrücklich geschehen, und nicht auf Vermuthungen gegründet werden zu können [14]).

6. Dasselbe findet Statt, wenn ein minderjähriger Haussohn ein Anlehn unter eidlicher Entsagung der, ihm aus dem SCto Macedoniano zustehenden, Rechte aufgenommen hat [15]), bei dieser Verhandlung aber der

---

11) L. 9. C. ad Sctum. Vellej. (IV, 29.).

12) arg. L. 19, in fine, D. de inoff. test. (V, 2.); L. 8. D. de hered. vetit. (V, 3.). *Leyser*, Spec. 170, M. 3. *Böhmer*, Exc. ad Pand. T. III. Exc. 50, c. 2, §. 13 seq. Hufeland, Lehrb. d. Civ.R. §. 837, Anm. 2.

13) Arg. Novellae 118, cap. 5.

14) L. 4, §. 4. D. Si quis caut. (II, 11.).

15) Da die Wirkung einer solchen Entsagung unter den Rechtslehrern streitig ist, — Glück, Comm. XIV, S. 312 f.; Hufeland, Lehrb. d. Civ.R. §. 982, woselbst die Literatur sich

Minderjährigkeit nicht gedacht, noch weniger auf die deshalb Statt findende Restitution zugleich verzichtet worden ist. Jene eidliche Entsagung enthält das Versprechen, die eingegangene Verbindlichkeit so erfüllen zu wollen, als ob der Vertrag unter, einer fremden Gewalt nicht unterworfenen, Leuten errichtet wäre, mithin eine Zusage, welche durch eine Restitution wegen Minderjährigkeit gebrochen werden würde. Der Richter darf also diese Restitution nicht gewähren, um nicht gegen die Verordnung des L. 1. C. Si advers. vend. (II, 28.) anzustoßen, indem er zum perfidiae et periurii auctorem sich macht, und die Auth. Sacr. puber zu verletzen, welche befiehlt, solche Verträge (super contractibus non retractandis) aufrecht zu erhalten (inviolabiliter custodiantur).

Ist der Eid bloß in Beziehung auf die Minderjährigkeit geleistet, so kann kein eidlicher Verzicht auf die, im SCto Macedoniano gegründeten, Rechte angenommen werden; und es treten auch in diesem Falle dieselben Rücksichten ein, wie bei der Bürgschaft minderjähriger Frauen.

---

findet; — so kann sie leicht vorkommen, und verdient daher in der gedachten Beziehung hier erwogen zu werden.

XIV.

Beitrag zur Lehre von der Intervention. Welches Interesse wird zu Begründung der Haupt- oder Principalintervention erfordert?

---

1. Die Grundsätze von der Intervention werden von den Rechtslehrern aus der Natur der Sache abgeleitet, indem man annimmt, daß das gemeine Recht darüber keine Bestimmung aufstellt, sondern nur Beispiele darbietet.

Man ist darüber einverstanden, daß eine jede Intervention ein gewisses Interesse des Intervenienten bei dem Rechtsstreite voraussetze, welchem derselbe sich einmischen will, und bezeichnet dieses erforderliche Interesse so, daß es ein gegenwärtiges und mit der Hauptsache in unmittelbarer Verbindung stehendes seyn müsse [1]).

---

[1]) *Pufendorf*, Proc. civ. Brunsv. L. I, cap. 16, §. 6. Danzbürg. Proz. §. 479. Thibaut, Syst. §. 1273. Glück, Comm. VI, S. 476. Martin, Lehrb. d. Proz. §. 292. u. A. m.

Zur Begründung einer Haupt=, oder auch einer gemischten Intervention verlangt man überdem die Nachweisung eines hauptsächlichen und ausschließenden oder vorzüglichen Interesses [2]).

Die Unbestimmtheit dieser Bezeichnung leuchtet ein, und die Unzulänglichkeit des hierin angedeuteten Grundsatzes setzt besonders den praktischen Juristen oft in Verlegenheit. Einer der vorzüglichsten der neuern Prozessualisten suchte daher diesem Mangel durch eine ausführlichere Entwickelung dieser Materie abzuhelfen [3]). Er stellt hier in Beziehung auf die Hauptintervention die Regel auf:

„daß zwischen dem Interesse des Intervenienten und „dem Streitgegenstande eine innige Verbindung herr„schen müsse,“

und sagt von dieser letzten,

daß sie „nur in einer Identität des Streit„gegenstandes bestehen“ könne [4]).

Allein auch diese Bestimmung begegnet nicht jeder Schwierigkeit in der Anwendung, und läßt den Unterschied zwischen einer Intervention bei persönlichen und bei dinglichen Klagen unberücksichtigt. Ueberdem ist sie bloß aus dem Begriffe entwickelt, und also gegen Zweifel weniger gedeckt. Ein Versuch, dieselbe durch die ge=

---

2) *G. L. Böhmer*, Pr. Jur. Can. §. 705. Thibaut, a. a. O.

3) Sönner, Handb. d. Proz. (1ste Ausg.) II, No. 29, §. 14 bis 22.

4) a. a. O. §. 16, 18 und 22.

meinen Rechte zu begründen und weiter auszuführen, wird mithin nicht überflüssig scheinen.

2. Das römische Recht ist über diesen Gegenstand nicht so stumm, wie man gewöhnlich annimmt. Es spricht die hiervon geltenden Grundsätze nicht bloß in Beispielen und einer Anwendung auf einzelne Fälle aus, sondern stellt auch allgemeine Regeln auf, von welchen die nähere Entwickelung ausgehen muß.

Zwei allgemeine Bestimmungen dieses Rechts sind es, welche als Grundlage der Lehre von der Intervention angenommen werden können. Die erste findet sich in der L. 63. D. de re iudic. (XLII, 1.).

„Saepe constitutum est, res inter alios iudicatos aliis non praejudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet; nam Sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiam si contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet. Nam scientibus nihil praejudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur; nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit. Item, si ex duobus petitoribus alter victus acquieverit, alterius petitioni non praejudicatur; idque ita rescriptum est. Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur. Veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris; aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae; aut possessor venditorem de proprietate rei emtae, —. Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet? illa ratio est: Quod qui

scit coheredem agere, prohibere eum, quo minus, uti velit, propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios iudicatae, summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. Nam et si libertus meus, me interveniente, servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur. Diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico; nam quamvis contra Titium me sciente iudicatum sit, nullum tamen praeiudicium patior; quia neque ex eo iure, quo Titius victus est, vindico; neque potui Titio intercedere, quo minus iure suo utatur."

Hier wird die Regel, daß ein Richterſpruch nur unter den ſtreitenden Theilen Rechte begründe, dritten, dem Rechtsſtreite fremden, Perſonen aber weder ſchaden noch nützen könne, in ihren Einſchränkungen erwogen. Der Grundſatz wird als allgemein gültig aufgeſtellt, und bemerkt, daß er ſelbſt dann in Anwendung trete, wenn des Dritten Recht mit dem ſtreitigen hinſichtlich des Gegenſtandes zuſammentrifft [5]). Nur dann finde eine Ausnahme Statt, wenn der Dritte geſchehen läßt, daß ſein Auctor den Streit über den Gegenſtand, welcher zunächſt ihm zukommt, ausführe; weil hier angenommen

---

5) Tit. C. inter alios acta caet. (VII, 60); L. 31. D. de iudiciis (V, 1.); L. 16. D. Qui potiores in pign. (XX, 4.) L. 1. D. de except. rei iud. (XLIV, 2.).

werde, daß solches für den Dritten unter dessen Zustimmung und zwar in Hinsicht auf den, demselben zustehenden, Regreß geschehen sey. Und ein Gleiches muß, nach den Regeln von der Auslegung, von dem nicht ausgedrückten entgegengesetzten Falle angenommen werden, wo derjenige im Streite befangen ist, welchem das bestrittene Recht zunächst zusteht (cui actio vel defensio primum competit); so daß der gegen denselben gefällte Rechtsspruch zugleich seinen Auctor (sequenti) trifft, vorausgesetzt, daß dieser zeitig von dem Rechtsstreite in Kenntniß gesetzt ist [6]).

Es ist also für den Gegenstand dieser Erörterung hieraus abzunehmen: daß die Intervention nur als Ausnahme von der Regel zulässig sey, weil die Entscheidung eines Rechtsstreits jedem Dritten gewöhnlich fremd bleibe, dieser daher an dessen Verhandlung Theil zu nehmen keine Veranlassung habe; daß jedoch eine Intervention verstattet werde, und selbst nöthig seyn könne, wenn der Auctor des gegenwärtig Berechtigten Sache führt, oder dieser sein Recht selbst gelten macht, und dort der Letzte, hier Jener bei solcher einseitigen Ausführung für sich einen Nachtheil zu befürchten hat; indem sonst die Entscheidung des Streits auch den darin nicht befangenen Dritten treffen würde.

3. Die zweite allgemeine Bestimmung des römischen Rechts enthält L. 6. D. de except. rei iudic. (XLIV, 2.): „Singulis controversiis singulas actiones unumque iu-

---

[6]) *a Pufendorf*, Obs. J, Un. III, 64. §. 2.

dicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem; maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem rei iudicatae, frequens est.“

Sollten auch mehrere Klagen einen und denselben Gegenstand haben, so entscheidet ein über die eine ergangener Ausspruch zugleich über die andere, und die Einrede der Rechtskraft bezieht sich mehr auf den Gegenstand, als die Form der gewählten Rechtsverfolgung [7]). Fehlt es mithin an der Identität des Gegenstandes, so kann eine Rechtskraft nicht einmal unter den streitenden Theilen, noch weniger in Beziehung auf einen Dritten eintreten, und es läßt sich daher in einem solchen Falle kein Interesse denken, welches eine Intervention zu begründen vermöchte.

4. Der von der Klagenhäufung angenommene Grundsatz, vermöge dessen die subjective für unstatthaft erachtet wird [8]), beruhet auf einer Anwendung der eben gedachten Regel, verbunden mit der L. 1, §. 4. D. Quod legatorum (XLIII, 3.), welche eine objective Klagenhäufung zulässig erklärt, und durch diese ausdrückliche Bestimmung andeutet, daß jene Erste, die subjective nemlich, unerlaubt sey. Dieses Verbot müßte die Intervention, zumal die hauptsächliche, welche stets einen Anspruch des Intervenienten sowol an den Beklagten, als

---

[7] S. *a Pufendorf*, Obs. J. Unic. III, 66.

[8]) Danz, bürgel. Proz. §. 81. Glück, Comment. IV, §. 284, b. Martin, Lehrb. d. Proz. §. 135. u. A. m.

auch an den Kläger bezweckt, und also immer ein Klagrecht voraussetzt [9]), gleichfalls umfassen, indem bei derselben nicht nur ein Zusammentreffen der Klagen mehrerer Kläger, sondern sogar mehrere Libellen Statt finden, und der Grund des Verbots, einer Verwirrung des Prozesses vorzubeugen, hier um so mehr zutreffen würde. Allein die bei der Intervention erforderliche Identität des Streitgegenstandes gestattet, den Intervenienten als identisch mit einer der beiden Hauptparteien zu betrachten; und indem dieses die Uebereinstimmung unter den Rechtsgrundsätzen aufrecht erhält, so bestimmt es zugleich die Bedingung der Hauptintervention.

5. Die bisher entwickelten Grundsätze des römischen Rechts bestimmen den Gesichtspunkt, aus welchem die Intervention betrachtet werden muß, und deuten derselben Erfordernisse an. Nur als eine Ausnahme von der Regel, daß jeder Dritte von einem Rechtsstreite auszuschließen sey, wird die Intervention zugelassen, und eben daher derselben Zulässigkeit von gewissen Bedingungen abhängig gemacht. Diese letzten sind aber keine andern, als ein Interesse des Intervenienten beim Ausfalle des Rechtsstreits, und die Identität des Streitgegenstandes, als die Natur der Verbindung, worin jenes Interesse mit dem Rechtsstreite stehen muß, welchem der Intervenient beitreten will.

Die von Gönner oben (§. 1.) angeführte Regel

---

[9]) Danz, a. a. O. §. 479. Gönner, a. a. O. §. 19.

wäre hiermit näher begründet. Allein, was Identität des Streitgegenstandes sey? ist nicht in jedem Falle außer Zweifel.

Bei Realklagen ist es freilich klar. Sie haben eine Species zum Gegenstande, sey es nun eine gewisse einzelne Sache, oder eine bestimmte Sachgesammtheit; und weil eine jede der mehrern, zu demselben Ziele führenden, Klagen die andere ausschließt, so kommt bei der Intervention der Klaggrund hier nicht in Betracht, und es genügt an dem Zusammentreffen in einem Gegenstande beider Ansprüche, des Klägers und des Intervenienten. Die L. 63. D. de re iudic. (XLII, 1.) [10]) giebt hiervon mehrere Beispiele; das Zusammentreffen der Hypothek- mit der vom Schuldner angestellten Eigenthumsklage, der Klage aus dem dominio civili dotis des Ehemannes und der Eigenthumsklage von Seiten des Constituenten. Ein anderes Beispiel gewährt die Erbschaftsklage von der einem Seite aus einem Testamente, und von der anderm vermöge des gesetzlichen Erbrechts [11]).

6. Völlig verschieden hiervon ist die Ansicht bey Personalklagen. Da dieselben nur Leistungen oder Zahlungen, nicht aber gewisse Sachen, Species rerum, zum Gegenstande haben, so schließt eine die andre in der Regel nicht aus, und die in der einen Rechtssache er-

---

[10]) S. oben §. 2.

[11]) L. 11. pr. L. 30. pr. D. de except. rei iudic. (XLIV, 2.). S. ferner L. 5. pr. D. de appellat. (XLIX, 1.); L. 34. pr. D. Soluto matrim. quem. (XXIV, 3.); L. 31, §. 1. D. depositi (XVI, 3.).

gangene Entscheidung kann in der andern die Einrede der Rechtskraft nicht begründen. Es kann Jemand mehrere Anlehne schulden, aus verschiedenartigen Verträgen der Größe nach einander gleiche Summen abzutragen verpflichtet seyn, und die Bezahlung der einen Schuld, oder ein davon freisprechendes Erkenntniß hat überall keinen Einfluß auf die andern Verbindlichkeiten. Unter diesen Umständen kann also bei einer gerichtlich verhandelten Personalklage das zu einer Intervention erforderliche Interesse in der Regel nur aus einer Identität des Klaggrundes hervorgehen, indem hier der Streitgegenstand gewöhnlich nur durch den Klaggrund bestimmt wird. Es tritt L. 27. D. de exc. rei iudic. (XLIV, 2.) hier in Anwendung: „Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt; personae, id ipsum de quo agitur; causa proxima actionis.“ Und ein zufälliges Interesse, welches unabhängig von dem gelten zu machenden Rechte ist, und etwa in der Insolvenz des Beklagten seinen Grund hat, kann zwar andere, auf Sicherung der Vollstreckung abzweckende, Schritte rechtfertigen, nie jedoch an sich eine Intervention begründen [12]).

Bildet sich hiernach der Grundsatz, daß nur die Identität des Klaggrundes eine Intervention bei einer Personalklage begründen kann, indem z. B. der Inter-

---

[12]) Das brocardicon aus L. 31, §. 1. D. depositi (XVI, 3.); „hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione“ kann hier so wenig berücksichtigt werden, als Prozesse allein nach den bekannten drei praeceptis iuris (§. 3. J. de iust. et iure. I, 1.) zu entscheiden sind. Es ist dasselbe um so we-

venient als Cessionar die vom Kläger angesprochene Forderung erworben hat, oder dieselbe ihm, als des Klägers Gewaltgeber, eigentlich zusteht, u. d. m.; so läßt doch auch diese Regel ihre Ausnahmen zu. Oftmals bezwecken nemlich mehrere persönliche Klagen wirklich einen und denselben Gegenstand, so daß sie einander ausschließen, und die rechtskräftige Entscheidung der einen, auch der andern entgegen steht. In solchen Fällen gilt hinsichtlich der Intervention dasselbe, was oben von den Realklagen ausgeführt worden ist. Es wird nemlich sodann nur erfordert, daß der Intervenient seinen Anspruch in einer, in Hinsicht des Gegenstandes mit dem des Hauptklägers zusammentreffenden, Klage gründe. In diesem Betrachte stellt daher L. 11. pr. D. de exc. rei iud. (XLIV, 2.) die Personalklagen solcher Art den dinglichen Klagen gleich, und giebt zugleich ein Beispiel. „De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat; sed etiam si alia experietur, de eadem tamen re. Ut puta, si quis mandati acturus, cum ei adversarius iudicio sistendi causa promisisset: propter eandem rem agat negotiorum gestorum, vel condicat; de eadem re agit. Recteque ita definietur, eum demum de re non agere, qui prorsus rem ipsam non prosequitur. Caeterum cum quis actio-

---

niger geeignet, eine Abweichung von den Grundsätzen über die Erfordernisse der Intervention zu begründen, als es sich bloß auf den vorhergeschickten Fall eines Zusammentreffens mehrer, dieselbe Species zum Gegenstande habender, Realansprüche bezieht.

nem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis, quam instituit, videtur de ea re agere.“ Und wenn dieses Fragment bloß des Falles gedenkt, wo eine Species vermöge einer Personalklage verfolgt wird, mithin die bemerkte Ausnahme nur in einem beschränkten Sinne begründet, so findet sie sich in folgenden zwei Gesetzstellen allgemeiner aufgestellt. L. 9. §. 1. D de tributoria actione (XIV, 4): „Eligere quis debet, qua actione experietur, utrum de peculio, an tributoria; cum scit, sibi regressum ad aliam non futurum.“ Beide hier benannten Klagen sind nemlich persönliche, welche keinesweges auf eine Species beschränkt sind, sondern vermöge ihrer adiectitiae qualitatis jeder Vertragsklage zur Einkleidung dienen können. Ferner L. 53. pr. D. de Obligat. et act. (XLIV, 7.). „Plura delicta in una re plures admittunt actiones; sed non posse omnibus uti probatum est. Nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est.“ Wo derselbe Gegenstand vorhanden ist, schließt auch eine Personalklage die andere aus; beide werden nach des Klägers Wahl zugelassen; und so kann ein Intervenient einen Anspruch interveniendo verfolgen, wenn demselben zwar ein, von dem des Klägers verschiedener, Klaggrund unterliegt, beide jedoch in demselben Gegenstande zusammentreffen.

7. Die noch nicht berücksichtigten Fälle, wo dem Hauptprozesse eine dingliche Klage unterliegt, der Intervenient aber in einer Personalklage sich gründet, oder umgekehrt, werden aus den entwickelten Grundsätzen leicht entschieden werden können.

Soll auf dem Grunde einer persönlichen Klage einem Rechtsstreite intervenirt werden, der eine Realklage betrifft; so wird erfordert, daß der Gegenstand der Intervention die Species umfasse, welche durch den Hauptprozeß in Streit befangen ist.

Liegt hingegen dem Hauptrechtsstreite eine persönliche Klage zum Grunde, so kann dabei eine Intervention aus einem Realrechte nur Statt finden, wenn die Species, worauf dieser Anspruch gerichtet ist, in dem Gegenstande jener Personalklage mit begriffen sich befindet.

Als Beispiele mögen hier die Fälle dienen, wo der Legatar gegen den Erben die persönliche Klage aus dem Testamente auf Uebergabe einer vermacht erhaltenen Sache angestellt hat, ein Dritter aber in dem Eigenthume an derselben Sache eine Intervention gründet, oder umgekehrt; oder wo auf solche Weise die Klage auf Erfüllung eines Kaufs durch Uebergabe mit der Hypothekklage zusammentrifft.

8. Nach dieser Entwickelung der hier eintretenden Rechtsgrundsätze wird es nur noch einer Erwägung der einzelnen Gesetzstellen bedürfen, welche Beispiele von der Intervention enthalten, oder dafür angeführt zu werden pflegen. Es mag diese Prüfung gleichsam zur Probe über die Richtigkeit des aufgestellten Resultats dienen. L. 29. pr. D. de inoff. testam. (V, 2.): „Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum, qui de inofficioso testamento agit; adesse etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri constitutum est, eisdemque permissum est appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit.“

Dieses Fragment beziehet sich auf das ältere, nachmals durch Nov. 115, cap. 3 et 4 geänderte, Recht, vermöge dessen die Inofficiosităts klage das Testament in allen seinen Punkten aufhob, und gestattet dem Legatar daher die Intervention beim Rechtsstreite zwischen dem eingesetzten und dem ausgeschlossenen Erben. Identität des Streitgegenstandes ist hier offenbar vorhanden, weil die Klage des gesetzlichen Erben mit der Erbschaft zugleich den Gegenstand des Vermächtnisses umfaßte, es mochte dasselbe nun in einer Species, oder in einer Summe Geldes bestehen, und eben deshalb tritt hier ein Fall ein, wo die persönliche Klage, welche der Intervention unterliegt [13]), diese begründet, ohne daß eine Identität des Klaggrundes Statt findet [14]).

Eines völlig gleichen Inhalts ist ein anderes Fragment Ulpian's, L. 14. pr. D. de appellat. (XLIX, 1;). Nur wird hier noch angeführt, die Legatarien könnten bei einer Collusion unter den gesetzlichen und testamentlichen Erben, ihr Recht unmittelbar verfolgen, ohne Intervention: „sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere.“ Es ist dieses nichts, als die Anwendung des Grundsatzes, daß ein Betrug den Rechten des Andern nicht schaden dürfe [15]). Uebrigens läßt

---

13) Die actio personalis ex testamento, §. 5. J. de oblig. quae quasi (III, 28.). Die Hypothekklage ward den Legatarien erst durch Justinian gegeben. L. 1. C. comm. de Leg. (VI, 43.).

14) S. oben §. 6.

15) S. auch L. 50. §. 1. D. de Legatis I (XXX.).

sich der Fall denken, daß die Intervention zur Erhaltung des Legats nothwendig ist; sobald nemlich eine Verrückung seies Gegenstandes u. d. m. aus der beabsichtigten Collusion hervorgehen könnte.

9. L. 5. pr. D. de appellat. (XLIX, 1.): „A sententia inter alios dicta appellari non potest, nisi ex iusta causa. Veluti si quis in coheredum praeiudicium se condemnari palitur, vel similem huic causam; quamvis et sine appellatione tutus est coheres. Item si fideiussores pro eo, pro quo intervenerint; igitur et venditoris fideiussor, emtore victo appellabit, licet emtor et venditor acquiescant.“

Beispiele von Interventionen, um ein Vertheidigungsrecht gelten zu machen, welche mit den oben aufgestellten Grundsätzen offenbar übereinstimmen.

L. 31. §. 1. D. depositi (XVI, 3.): „— latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Seium inscium de malitia deponentis; utrum latroni, an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is, qui dedit; si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo ademta sunt.“

Nach diesem Fragmente steht dem Bestohlnen ein Klagrecht aus dem, vom Diebe mit einem Dritten geschlossenen, Hinterlegungsvertrage zu. Mithin wird der Erste die Hauptintervention anstellen können, wenn der Dieb actione depositi directa klagen sollte. Hier ist also eine Intervention durch Identität des Klaggrundes begründet.

Dasselbe findet Statt im Falle des L. 34. D. Soluto matrim. (XXIV, 3): „Titia divortium a Sejo fecit; hanc Titius in sua potestate esse dicit, et dotem sibi reddi postulat; ipsa se matremfamilias dicit, et de dote agere vult. Quaesitum est, quae partes iudicis sint? Respondi: Patri, nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegandam actionem; sicut denegaretur, etiamsi constaret eam in potestate esse.“

Es wird hier eigentlich über die Bedingungen entschieden, unter welchen der Vater die Mitgaft seiner Tochter zurückfordern könne, und nur beiläufig ein Beispiel der Intervention aufgestellt, wo Identität nicht nur des Streitgegenstandes, sondern selbst auch des Klaggrundes vorhanden ist.

10. Einen verschiedenen Fall enthällt L, 19. C. de liberali causa (VII, 16.): „Principaliter causam eius, de quo supplicas, esse, quam tuam perspicimus. Nam cum te eum ad libertatem perduxisse profitearis, illius interest magis solemniter suum tueri statum, et consequenter tua etiam agetur causa. Nam si ab eo contra quem fundis preces, seruus dicatur, eique libertas ex manumissione tua vindicetur, probatio servitutis originis et beneficium manumissionis libertatem illi adsignans tuum etiam ius patronatus tuetur. Si vero consentiat seruituti, tunc iure concesso eum invitum etiam defendere poteris.“

Hier beruhet der Hauptstreit und der Grund der Intervention in einer Präjudicialklage, dem iudicio liberali dort affirmativo, hier negativo. Beide Klagrechte

treffen in demselben Gegenstande, einem Individuum, zusammen, und bei dieser Identität des Streitgegenstandes würde eine Identität des Klaggrundes selbst dann nicht zur Intervention erfordert werden, wenn hier von Personalklagen die Rede wäre. So aber sind die Präjudicialklagen, indem sie stets auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet sind, in Hinsicht der Begründung einer Intervention den Realklagen gleichzusetzen, und es stehet also auch das hier aufgestellte Beispiel einer Intervention in Uebereinstimmung mit den oben entwickelten Grundsätzen.

XV.

Ueber die Beweislast bei der Klage gegen denjenigen, welcher mit dem Kläger als Bevollmächtigter einen Vertrag geschlossen hat.

I. In Ansehung der aus Verträgen begründeten Rechtsverhältnisse stellt die römische Gesetzgebung den Grundsatz auf, daß dieselben allein unter den Contrahenten Rechte und Verbindlichkeiten hervorzubringen vermögen, Niemand also durch einen Vertrag einem Dritten etwas erwerben oder eine Verpflichtung auflegen könne [1]). Und dieser Grundsatz hat zwar bald in der Anwendung auf gewisse Fälle Modificationen erlitten, besteht aber noch

---

[1]) §. 5. J. per quas pers. cuiq. (II, 9.). L. 11, §. pen. D. de pign. act. (XIII, 7.). L. 38, §. 17. L. 126, §. 2. D. de verb. oblig. (XLV, 1.). L. 11. D. de Obl. et Act. XLIV, 7.): „— ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus," u. A. m.

jetzt, da nicht anzunehmen ist, daß das Naturrecht, sollte es hierin vom römischen Rechte wirklich abweichen, dieses bei uns verdrängt habe [2]). Es findet diese Milderung der ursprünglichen Strenge des erwähnten Rechtsgrundsatzes Statt, wo eine Vertretung des Dritten durch einen der Contrahenten eintritt, und wird besonders auf das, aus dem Bevollmächtigungsvertrage entspringende, Verhältniß angewendet, weil der Bevollmächtigte, sofern er als solcher handelt, für eine Person mit dem Machtgeber gehalten werden kann [3]). Dennoch bleibt auch hier das römische Recht jenem Grundsatze treu, läßt die aus dem Vertrage entstehenden Klagen nur unter den Contrahenten selbst zu, so daß eine Abtretung des Klagrechts vom Mandatar an den Mandanten und gegen diesen Statt finden kann [4]), und hat außerdem, jedoch ohne jenes Verhältniß aufzuheben, nur die Analogie von der actio institoria auf das Mandatsverhältniß überhaupt in soweit ausgedehnt, daß dem Mandanten und dem dritten Contrahenten ohne Klagabtretung die actio quasi institoria und unter dieser Einklei-

---

2) Thibaut, Syst. §. 160.

3) LL. cit. und L. 20, §. 2. D. de acquir. rer. domin. (XLI, 1.): „— quasi meo procuratori“ caet. *Paulus*, Rec. Sent. V, 2. §. 2: „Per liberos personas, quae in potestate nostra non sunt: adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.“

4) L. 8, §. 5. L. 43. L. 45, §. 5. D. Mandati. (XVII, 1.). L. 49, §. 2. D. de acquir. et amitt. poss. (XLI, 2.).

dung die actio utilis derjenigen zukommt, die aus dem Vertrage hervorgeht [5]).

2. Nur unter dieser Beschränkung tritt hier also die Ansicht in Wirkung, daß der Bevollmächtigte und der Machtgeber für eine Person anzusehen sind, der Erste mithin in der Regel aus seinem Vertrage gar nicht verpflichtet werde [6]). Es sind vielmehr immer zwischen demselben und seinem Contrahenten Rechtsverhältnisse vorhanden und Klagrechte begründet, deren Erfolg jedoch dadurch abgewendet werden kann, daß der Bevollmächtigte seinen Contrahenten an den Machtgeber verweiset. Es steht diesem nicht entgegen, daß die neuere Praxis überhaupt, ohne zwischen den directen und nützlichen Klagen zu unterscheiden, jedem Dritten einen Anspruch auf das ihm in Verträgen anderer Personen bedungene Recht zugesteht [7]); weil dieses an sich das zwischen den Contrahenten begründete Rechtsverhältniß nicht aufhebt. Auch geht das Gegentheil keineswegs aus dem L. 20. D. de instit. act. (XIV, 3.) hervor.

---

5) L. 28. pr. D. de procurat. (III, 3.). L. 31. pr. D. de negot gest. (III, 5.). L. 19. pr, D. de instit. act. (XIV, 3.). L. 10, §. 5. D. Mandati (XVII, 1.). L. 13, §. 25. D. de act. emt. vend. (XIX, 1.). *Malblanc*, Pr. J. Rom. §. 251. Weber, v. d. nat. Verb. §. 89, A. Glück, Comm. IV, §. 558 f. u. A. m.

6) *Stryck*, Us. Mod. XVII, 1. §. 6. *Hommel*, Rhaps. Quaest. Obs. 113. Höpfner, Comment. §. 733. Thibaut, Syst. §. 877. Hufeland, Lehrb. d. Civ. R. §. 519. Bucher, Recht d. Forder. §. 82.

7) *J. H. Böhmer*, Excer. ad Pand. II, 28. *Pufendorf*, Obs.

Denn der daraus abgeleitete Grundsatz, daß der Dritte gegen den Mandatar nur während der Dauer des Mandats klagen könne [8]), ist in dieser Ausdehnung nicht in dieser Gesetzstelle gegründet. Es wird nemlich hier nur gesagt, daß ein, der mensae nummulariae seines Patrons vorgesetzt gewesener, Freigelassener aus einem Scheine des Inhalts: „habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos vobis-numerare debebo —," nach des Präponenten Tode nicht belangt werden könne; „nec iure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse." Es ist hier eigentlich nur die Rede von der Verpflichtung aus der erwähnten Verschreibung, und es scheint deren Fassung in den Worten: numerare debebo, den Zweifel erregt zu haben, ob hierin nicht eine vom Praeposito mensae für seine Person übernommene Verpflichtung zu finden sey? Daß aber die directe Contractsklage gegen den Mandatar an die Dauer des Mandats unbedingt gebunden seyn solle, kann hier um so weniger verordnet gefunden werden, als sonst bei einem, auf ein einzelnes Geschäft, die Abschließung eines einzigen Vertrages, gerichteten Auftrage überall kein Klagrecht zwischen dem Mandatar und dem Contrahenten begründet werden würde. Auch nimmt jenes Fragment an, daß in dem vorliegenden Falle kein

---

Jur. U. II, 38. *Vinnius*, Sel. Qu. I, 6. Glück, Comment. IV, S. 564, u. A. m.

[8]) Thibaut, Syst. §. 873 und 877. Hufeland, Lehrb. d. Civ. R. §. 519. *Huber*, Prael. ad D. XIV, 1. §. 3. 4. *Pufendorf*, Obs. J. I. 114.

anderer Grund der Verbindlichkeit des Mandatars zu finden gewesen sey, „nec aequitatem conveniendi eum superesse,“ und schließt also nicht aus, daß eine Klage zustehen könne, sobald der Mandatar nicht vermögen sollte, seinen Contrahenten an den Mandanten zu verweisen [9]).

3. Wer mit Jemandem, als dem Bevollmächtigten eines Dritten, einen Vertrag abschließt, hat zwar seine Absicht nur auf die Verpflichtung des Gewaltgebers gerichtet; auch lag es ihm ob, die Vollmacht seines Contrahenten sich nachweisen zu lassen, so daß er es sich selbst beimessen muß, wenn er das bezweckte Recht gegen den Dritten, aus Mangel eines genügenden Auftrages desselben an den angeblichen Mandatar, nicht sollte erworben haben [10]); allein dieses bezieht sich nur auf des Contrahenten Verhältniß zum Gewaltgeber, und indem Jemand als eines Dritten Bevollmächtigter ohne Auftrag oder gegen den erhaltenen Auftrag handelt, veranlaßt er eine Täuschung bei seinem Contrahenten, die ihm die Verbindlichkeit auflegt, entweder diesem die Genehmigung des Dritten und dadurch ein Klagrecht gegen denselben zu verschaffen, oder aber ihn schadlos zu halten, indem er die directe Klage aus dem geschlossenen Vertrage aufnimmt.

---

9) Dasselbe gilt aus gleichen Gründen von L. 67. D. de procurat. III, 3.).

10) L. 19. D. de reg. Jur. (L, 17.): „Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius.“ — Arg. L. 19. D. de SCto. Macedon. (XIV, 6.).

Geht man von diesem Gesichtspunkte aus, so erscheint es zwar in der Anwendung auf eintretende Fälle als Ausnahme von der Regel, wenn der Mandatar und nicht der Mandant vom Contrahenten des Ersten belangt wird; es ist dieses aber nur eine Folge davon, daß der unmittelbaren Klage gegen den Mandanten gewöhnlich nichts entgegen stehet und sie vorgezogen wird, weil sie auf dem kürzern Wege zum Ziele führt. Immer bestehet das Rechtsverhältniß zwischen den eigentlichen Contrahenten, und der Mandatar würde immer belangt werden, aber auch den Kläger zur Anstellung der Klage gegen den Mandanten auffordern können, sobald er nachweiset, daß er wirklich als Mandatar, nemlich kraft seiner Vollmacht, gehandelt habe.

Es entsprechen diese Grundsätze dem römischen Rechte, welches die Befolgung des ertheilten Auftrages zur Bedingung der vom Mandatar dem Mandanten aufzuerlegenden Verpflichtung, die Mandatsklage gegen denselben davon abhängig macht[11]), und überdem annimmt, nicht, daß im Falle einer Uebertretung des Mandats überall kein Rechtsverhältniß begründet, sondern daß ein anderes als das eigentlich bezweckte hervorgebracht sey[12]).

---

[11]) §, 8. J. de mandato (III, 27.): „— alioquin non habebis cum eo mandati actionem.“ L. 41. D. Mandati (XVII, 1.); L. 12. C. eod. (IV, 35.). Glück, Comment. XV, S. 315 f.

[12]) L. 5. pr. D. Mandati (XVII, 1.): „nam qui excessit (sc. fines mandati) aliud quid facere videtur.“ Der Grundsatz des §. 4 J. de inut. stipul. (III, 20.): „Si quis alii stipulatur, nihil agit,“ bezieht sich auf die Strenge

Ueberdem legt es dem Mandanten und Mandatar die Pflicht ob, von den Beschränkungen eines erklärten Auftrages dem Contrahenten genügende Kenntniß zu geben, so daß dieser seines Klagrechts keineswegs überall verlustig wird, wenn er die nöthigen Aufklärungen sich zu verschaffen unterlassen haben sollte [13]).

4. Hiernach bedarf derjenige, welcher mit Jemandem als dem Bevollmächtigten eines Dritten einen Vertrag geschlossen hat, keines besondern Klaggrundes, um den Bevollmächtigten zu belangen. Er gründet sich in der aus dem Vertrage entspringenden Klage und gewärtigt, ob der Beklagte den Anspruch durch Verweisung an seinen Gewaltgeber abwenden werde. Gewöhnlich wird freilich aus früher bemerkten Gründen der Mandatar nur in Fällen belangt werden, wo der Klage gegen den Mandanten Hindernisse entgegen stehen. Allein es folgt hieraus nicht, daß der Contrahent seine Klage sodann speciell begründen, und dieses Hinderniß, oder die Ursache, weshalb eine Klage gegen den Mandanten nicht Statt findet, darthun müsse. Vielmehr gehört es zur Einlassung des Mandatars, durch eine, der Benennung des Auctors gleichende [14]), Nachweisung des eigentlich Verpflichteten der Anwendung des strengen Rechts sich zu entziehen, und es entspricht nicht allein dieser Ana-

---

des römischen Verbalcontracts, und steht daher hier nicht entgegen.

[13]) L. 11, §. 2 — 4. D. de instit. act. (XIV, 3.). *Leyser*, Spec. 178, med. 5, und *Müller*, ad Leys. Obs. 374.

[14]) Sonnet, Proz. (1ste Ausg.) II, 29, §. 3. 4.

logie, daß der Beklagte dem Kläger den Weg zeigen muß, auf welchem derselbe sein Recht verfolgen soll [15]), sondern es folgt auch aus dem Verhältnisse beider Theile, daß derjenige, welcher bloß als Mandatar betrachtet, also von einer Verpflichtung aus dem selbst eingegangenen Vertrage freigesprochen seyn will, seine Befugniß darlege, seinen Contrahenten einem Dritten verbindlich machen zu können. Die sogenannte Passivlegitimation geht hier allein schon aus dem abgeschlossenen Vertrage hervor, so lange der beklagte Contrahent nicht erweiset, daß nicht er selbst, vielmehr derjenige daraus verpflichtet sey, in dessen Namen er gehandelt hat.

Es ist mithin bei einer Klage, welche von einem Contrahenten gegen den Andern, der als Mandatar eines Dritten aufgetreten ist, angestellt wird, die Frage: ob innerhalb der Grenzen des Vertrages abgeschlossen sey oder nicht? ein Gegenstand der dem Beklagten obliegenden Beweisführung.

Dieses gilt übrigens einzig von dem Falle, wo der Mandatar bloß als Contrahent und ohne den Anspruch besonders zu begründen belangt wird. So wenig nemlich ein besonderer, von der aus dem Vertrage entspringenden Klage verschiedener, Klaggrund derjenigen Klage untergelegt werden kann, die gegen den Mandatar deshalb gerichtet wird, weil der Mandant das behauptete Mandat entweder ganz oder nach dem ihm beigelegten Umfange geleugnet hat; so gewiß ist ein solcher anzu-

---

15) Gönner, a. a. O. §. 5, 2).

nehmen, wenn eine, vom Mandatar besonders eingegangene, Verpflichtung gelten gemacht wird. Dieser Fall ist dann vorhanden, wenn der Mandatar sich persönlich für die Erfüllung des Vertrages verbürgt hat; und es verstehet sich, daß der Contrahent, welcher diese Bürgschaft verfolgt, den Beweis derselben übernehmen müsse. Ein Gleiches tritt ein, wo der Kläger sich in der Behauptung gründet, der Vertrag, obwol zum Besten eines Dritten der Absicht und Wirkung nach geschlossen, sey vom Beklagten in dessen eigenem Namen eingegangen [16]). Der Unterschied zwischen diesen beiden und dem ersterwähnten Falle ist einleuchtend.

---

[16]) *Voet*, Comm. ad D. XVII, 1, §. 9.

XVI.

Von Erbgeldern und deren Rechten.

---

1. Die Lehre von den Erbgeldern findet sich in Hinsicht auf den Begriff, welcher mit dem Ausdrucke verbunden werden soll, so schwankend dargestellt, und ist in Ansehung der ihnen beigelegten Rechte so bestritten [1]), daß eine Erörterung dieses Gegenstandes nicht unnütz erachtet werden kann.

Nach römischem Rechte bewirkt jede, bei einer Erbsonderung vorfallende, Civiltheilung die Uebertragung der so getheilten Sache zu dem alleinigen Eigenthume desjenigen, welcher sie annimmt. Geschieht die Erbtheilung gerichtlich, so geht das ausschließende Eigenthum mit dem Ausspruche des Richters über [2]); beruhet sie auf Privatübereinkunft, so geht das Eigenthum aus

---

[1]) Diese Streitfrage behandelt unter den Neuern am ausführlichsten Dabelow, Concurs d. Gläub. §. 222 f. (1ste Ausg.), woselbst sich auch die Literatur angeführt findet.

[2]) §. 7. J. de officio iud. (VI, 17.): „Quod autem istis iudiciis alicui adiudicatum fuerit, id statim eius fit, cui adiudicatum est.“

der erfolgenden Uebergabe hervor [3]). Es wird jedoch eine solche Auseinandersetzung als ein Kauf betrachtet. L. 1. C. communia utriusque iudicii (III, 38.): „Divisionem praediorum vicem emtionis obtinere placuit," und in sofern ist anzunehmen, daß derjenige Miterbe, welcher von der zu theilenden Sache mit Geld abgefunden werden soll, sein Miteigenthum an derselben behält, bis er bezahlt ist; es sey denn, daß er dem Andern deshalb Credit gegeben habe [4]). Ein solcher Handel auf Borg setzt aber eine besondere Vereinbarung voraus, da er eine Ausnahme von dem Gewöhnlichen enthält, und also nicht vermuthet werden kann; und obwol dieser Nebenvertrag, wie jeder andere, auch stillschweigend eingegangen zu werden vermag, also angenommen werden muß, sobald die Bewilligung des Credits aus den Umständen hervorgeht; so darf er doch keinesweges allein daraus gefolgert werden, daß der Käufer die Sache ohne Zahlung übergeben und, auf diese zu bringen, ei-

---

3) L. 15. C. familiae ercisc. (III, 36.): „Si divisionem conventione factam etiam possessio consensu secuta, pro solido dominium rerum, quas pertinere ad patrem tuum placuit, ei firmavit; earum vindicationem habere potes, si patri successisti." Die Basilicken drücken diese Verordnung bestimmter aus (XLII, 3, const. 72.): Divisio conventione facta, si traditio quoque secuta sit, unumquemque rerum, quae ei obtigerunt, dominum facit.

4) L. 19. D. de contrah. emt. (XVIII, 1.): „Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum; vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione." L. 53. eod. §. 41. J. de rerum divis. (II, 1.).

nige Zeit Anstand genommen hat. Die hierdurch dem Käufer gestattete Stundung unterscheidet sich nemlich vom Creditiren des Kaufgeldes in dem wesentlichen Punkte, daß sie ohne einige, aus einer Zusage hervorgehende, Verbindlichkeit und eben in Hinsicht auf die Sicherheit bewilligt wird, welche das dem Verkäufer verbliebene Eigenthum und die deshalb zustehende Vindication gewährt [5]).

Bei einer auf die gedachte Weise vorgenommenen Erbtheilung bleibt also dem, mit Gelde abzufindenden, Miterben sein Miteigenthum an den Erbschaftssachen, so lange er deshalb nicht befriedigt ist; es geschehe dieses nun durch Zahlung, oder vermöge eines Vertrages, durch welchen er die bloße Zusage künftiger Zahlung von Seiten des die Erbstücke annehmenden Miterben, oder eine Bürgschaft oder Hypothek anstatt baarer Befriedigung annimmt. In diesen Fällen wird die persönliche Klage gegen den Erben, oder dieselbe verbunden mit der Klage gegen den Bürgen, oder endlich die Hypothekenklage durch gegenseitige Uebereinkunft in die Stelle der Vindication gesetzt, und das alleinige Eigenthum damit übertragen. Diese Substitution ist denn schon an sich entscheidend für die hier angegebene Wirkung, ohne an die Erfordernisse der Novation gebunden zu seyn, wie nach der gewöhnlichen Vorstellungsart angenommen wird [6]). Nicht der Vorsatz, eine Umschaffung der Ver-

---

[5]) L. 5, §. 18. D. de tributor. act. (XIV, 4.); L. 24, §. 2. D. de reb. auct. iud. poss. (XLII, 4.).

[6]) Struben, Rechtl. Bed. IV, No. 6.

bindlichkeit vorzunehmen, ist hier also nachzuweisen, obwol derselbe erklärt seyn muß, um die Novation zu begründen [7]); sondern ein jeder, über die Vertagung der Zahlungsverbindlichkeit eingegangene, Vertrag enthält ein Creditgeben, und bewirkt hiermit den Uebergang des Eigenthums.

Die Rechte eines abgefundenen Miterben an dem Vermögen des andern Miterben im Fall eines darüber ausgebrochenen Concurses, bestimmen sich nach der Natur der wegen des Rückstandes zustehenden Klage. Ist das Eigenthum nach den eben entwickelten Grundsätzen nicht übergegangen, und steht dem Gläubiger daher die Vindication zu, so geht er den eigentlichen Gläubigern vor, indem er sein Eigenthumsrecht gelten macht, sofern nemlich die demselben unterworfenen Sachen noch in der Maße vorhanden sind. Es besagt dieses ausdrücklich die, hier überhaupt lehrreiche, L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iudic. (XLII, 4.): „In bonis mensularii vendendis, post privilegia, potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a caeteris creditoribus non separantur: et merito, aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.“

---

7) L. 8. C. de novat. (VIII, 42.). Thibaut, Syst. §. 937. Hufeland, Lehrb. d. Civ. R. §. 624.

Nach römischem Rechte hat also der, bei einer Erbsonderung zu Geld angeschlagene, Antheil eines Miterben, im Fall eines Concurses über das Vermögen des zu dessen Berichtigung verbundenen andern Erben, überall kein eigentliches Vorzugsrecht. Eine Forderung dieser Art wird nach ihrer, von der Eigenschaft eines Erbgeldes unabhängigen, besondern Natur befriedigt, und kann ein Separationsrecht begründen, also vor den wirklichen Gläubigern begünstigt werden müssen, aber nur dann, wenn ein jeder Dritte solches ansprechen könnte, dem Liquidanten ein Eigenthum nemlich zusteht.

2. Eben so wenig findet sich im deutschen Rechte irgend ein Vorzug der Erbgelder, in der allgemeinen Bedeutung dieser Benennung, begründet; denn die churſächsischen Verordnungen enthalten nur ein, für andere Territorien unverbindliches, Provinzialrecht [8]), was vielleicht in einigen dieser letzten ein Gewohnheitsrecht veranlaßt haben mag, keinesweges aber, am wenigsten seinem ganzen Umfange nach, die Kraft eines gemeinen Rechts erhalten hat.

Allein die Eigenthümlichkeiten des deutschen Erbfolgerechts sind nicht ohne Einfluß auf diesen Gegenstand geblieben. Gewisse Grundbesitzungen sind bei uns nemlich von der Art, daß sie keiner gleichmäßigen Erbsonderung, so wenig einer Natural- als einer vollständigen Civiltheilung, unterliegen, und nur einem unter mehrern Erben und zwar so zufallen, daß die Andern mit

---

[8]) *Schilter*, Prax. Jur. Rom. exc. XXXIII, §. 40. *Hommel*, Rhaps. Quaest. Obs. 365. *Leyser*, Med. ad Pand. Sp. 483.

einer verhältnißmäßig geringern, an gewisse Tagezeiten gebundenen und von Bedingungen abhängigen, Abfindung sich begnügen müssen. Wir finden dieses bei den Stammgütern des Adels, bei den Lehngütern wenigstens in Ansehung der Töchter des verstorbenen Besitzers, endlich bei den Meier- und Zinsgütern, ja überhaupt bei den Bauergütern vieler Länder. Hier werden die Abfindungen der Geschwister des neuen Besitzers, des Anerben, bald erst zahlbar, wenn diese sich verheirathen, oder besonders häuslich niederlassen, bald sind sie auch nachdem erst in gewissen Zeitabschnitten zu entrichten.

Indem nun in diesen Fällen eine, von der Vereinbarung der Erben unabhängige, Ursache die Zahlbarkeit der Abfindungen hinaussetzt; die bemerkte besondere Natur solcher Grundbesitzungen aber nicht hindert, bis zu der auf erwähnte Weise, durch Bestimmung der Abfindungen und der Zahlungsfristen für dieselben, vorgenommenen Civiltheilung ein gemeinsames Eigenthum sämmtlicher Erben daran beizumessen; so muß, selbst unter Anwendung der römischen Rechtsgrundsätze, angenommen werden, daß das Miteigenthum des abzufindenden Erben bis zum Abtrage der Abfindung nicht auf den Besitzer übergegangen sey. Credit ist nemlich nur gegeben (fides habita), wo man denselben auch verweigern, auf unaufschiebliche Zahlung bestehen konnte, und mag bei solchen Erbtheilungen auch eine Uebereinkunft, nicht nur über die Größe der Abfindung, sondern sogar über Zahlungstermine, Statt gefunden haben; so war doch die Hauptsache, daß die Zahlung nicht sofort gefordert werden könne, durch die Gesetze bereits ent-

schieden, kein neuer Vertrag in die Stelle des, einer solchen Erbtheilung unterliegenden, Kaufvertrages gesetzt, kein anderes Klagrecht der, bei einem Verkaufe ohne Zahlung des Preises und ohne auf Borg gehandelt zu haben, dem Verkäufer verbleibenden, Vindication substituirt.

Ob unter diesen Umständen die noch nicht betagten Abfindungen verzinset werden, oder nicht, ist in Beziehung auf den Uebergang des Miteigenthums gleichgültig [9]). Denn auch sodann geht die Vertagung der Zahlung des Hauptstuhls nicht aus einem Creditgeben hervor; es wird kein Darlehnsvertrag der Verpflichtung aus dem Verkaufe untergeschoben, und die Zinsen müssen als das Surrogat der von dem Erbtheile des Abzufindenden bezogenen Früchte betrachtet werden.

Auch in Hinsicht der deutschen Erbfolgerechte findet also kein Vorzug der Abfindungen oder der Erbgelder Statt, nnd die Vindication des abzufindenden Miterben kommt diesen, nicht als ein besonderes Vorrecht, sondern vermöge der allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie überhaupt, so auch bei dem Concurse des Anerben zu, um ihm darin ein Separationsrecht zu gewähren.

3. Es bleibt hiernach allein noch zu prüfen, ob ein Gewohnheitsrecht nicht diese Grundsätze in ihrer Bezie-

---

[9]) L. 4. C. de pact. int. emt. et vendit. (IV, 54.): „Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem, non vendicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.“

hung erweitert habe, und unter Umständen zulasse, wo sie der Strenge nach nicht anwendbar seyn würden; so daß in dieser ausdehnenden Anwendung eben das so viel besprochene Privilegium der Erbgelder zu finden wäre?

Wo Landesgesetze des Vorzugs der Erbgelder im Concurse des sie schuldenden Erben ohne nähere Bestimmungen erwähnen, muß angenommen werden, daß die Berechtigung in der Maße gedacht sey, wie sie durch des gemeinen Rechts Grundsätze besteht. Geht also auch aus diesen kein Vorzugsrecht der Erbgelder im eigentlichen Wortverstande hervor, so gewährt die Vindication dem abzufindenden Erben im Concurse eine vorzügliche Befriedigung vor andern Gläubigern, und in sofern ein Vorrecht. Auf gleiche Weise müssen unbestimmte Entscheidungen der Gerichte, sollten sie auch ein Gewohnheitsrecht darzulegen geeignet seyn, verstanden werden. Nur dann also kann ein eigentliches Vorzugsrecht der Erbgelder angenommen werden, wenn die Rechte den Begriff erweitern oder in ihren Bestimmungen von den allgemeinen Grundsätzen ausdrücklich abweichen.

Daß diesem nicht so sey, ergeben die von dem Vorzuge der Erbgelder handelnden Schriftsteller. Gewöhnlich beziehen sie sich allein auf das römische Recht, und suchen den behaupteten Vorzug daraus abzuleiten [10]); oder sie behandeln bloß das sächsische Recht. Einer der

---

[10]) *Leyser*, Med. ad Pand. Sp. 483. Struben', Rechtl. Bed. IV, 106. Dabelow, Conc. d. Gläub. §. 222 f. ibig. all. DD.

gründlichsten Rechtsgelehrten beschränkt daher das erwähnte Vorrecht auf die vorentwickelten Grundsätze des gemeinen Rechts, und deutet damit an, daß es als ein Privilegium eigentlich gar nicht bestehe [11]).

Eine Bedenklichkeit ist noch zu berühren. „Videtur," sagt Leyser l. c. med. 1, „extra concursum inter eos, qui iure dominii res suas repetunt, collocandus esse (scil. heres). Sed usu obtinuit, ut saltem in prima classe collocetur." Hiermit scheint denn wirklich ein Vorrecht, aber freilich ein privilegium odiosum, dem Erbgelde vermöge eines Gewohnheitsrechtes beigelegt zu seyn. Doch auch dieses kann nicht angenommen werden, wenn man erwägt, daß kein dominium solitarium, sondern nur ein Miteigenthum an einer untheilbaren Sache dem abzufindenden Erben zusteht, ein wirkliches Separationsrecht also schon deshalb nicht eintreten kann. Ueberdem findet hier kein commissorischer Vertrag Statt, und das bestehende Miteigenthum begründet die Vindication nicht unbedingt, vielmehr nur dergestalt, daß dem Schuldner, nemlich in dem vorausgesetzten Falle der Concursmasse, das Recht bleibt, durch Bezahlung der bedungenen Summe den Erbtheil dem Eigenthume nach zu erwerben. Also wird nur der Abfindungssumme, dem Erbgelde, die Stelle durch das Prioritätsurtheil angewiesen; und da die öffentlichen Lasten von dem Grundstücke auch dem Miteigenthümer obliegen, die Liedlöhner, sofern sie dem Gute gedient, auch zu des Miteigenthü-

---

11) *Pufendorf*, Obs. Jur. Un. I, 103.

mers Nutzen gearbeitet haben, Begräbniß und Trauer-kosten, so wie der Aufwand der letzten Verpflegung des gestorbenen Besitzers endlich im Nothfalle von dessen vormaligen Miterben, als nahen Verwandten, bestritten werden müßten; so werden die Erbgelder, ohne von den gemeinrechtlichen Grundsätzen abzuweichen, in die erste Classe gesetzt, und keine Separation zugelassen.

XVII.

Ueber die Mortificirung auf den Inhaber gestellter (au porteur) Schuldverschreibungen.

1. Die Mortificirung verloren gegangener, oder wenigstens dafür ausgegebener Schuldverschreibungen ist durch den Gerichtsgebrauch eingeführt, und die Zulässigkeit der Edictalladungen zu diesem Zwecke findet sich so fest begründet, daß die, aus der Theorie abgeleiteten, Zweifel gegen deren Anwendung in nicht ausdrücklich durch die Gesetze nachgelassenen Fällen [1]) als beseitigt angesehen werden müssen.

Es hat sich aber dieser Gerichtsgebrauch zu einer Zeit

---

[1]) Clement. 1. de iudiciis (II, 1.). Glück, Comm. III, S. 302 f.; VI, S. 482 f. v. Berg, Beob. u. Rechtsf. IV, No. 4. *Pufendorf*, Obs. Jur. III, 86, 1. A. m.

gebildet, wo die auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen in unsern Gegenden noch selten waren; und da die neuern Zeiten wegen des Wechsels vaterländischer und aufgedrungener Rechte die Begründung eines solchen Gewohnheitsrechtes nicht gestatteten, bei der in einzelnen Fällen auf Schuldverschreibungen der erwähnten Art bezogenen Mortificirung auch weder die unterscheidende Eigenthümlichkeit derselben beachtet, noch die zur Bildung eines Gerichtsgebrauchs erforderliche Gleichförmigkeit befolgt worden ist; so scheint es nützlich, zu untersuchen, ob die Mortificirung bei au porteur ausgestellten Schuldverschreibungen überall zulässig, und in wiefern sie dieses ist?

2. Schuldverschreibungen, welche auf den Inhaber gestellt sind, unterscheiden sich von den gewöhnlichen, d. h. den Namen des Gläubigers ausdrückenden Verbriefungen bekanntlich dadurch, daß der Inhaber allein durch seinen Besitz der Urkunde zu der Forderung berechtigt ist, worüber dieselbe ausgestellt ward, also keine Cession von Seiten des ursprünglichen Gläubigers darzuthun braucht, vielmehr mittelst des Besitzes der Schuldverschreibung die rechtliche Vermuthung eines gültigen Erwerbes begründet. Aus der Ausstellung und Annahme eines auf den Inhaber lautenden Schuldscheins geht also ein, mit dem Darlehnsvertrage stillschweigend verbundener, Nebenvertrag hervor, wodurch der Darleiher den Schuldner ermächtigt und dieser sich verpflichtet, dem jedesmaligen Besitzer der Verschreibung, ohne weitere Legitimation zu verlangen, Zahlung zu leisten. Der Darleiher begiebt sich hierdurch aller Ansprache gegen

den Schuldner auf den Fall, daß derselbe einem solchen Inhaber Abtrag gemacht haben würde, ohne Unterschied, ob dieser auf rechtmäßigem oder rechtswidrigem Wege zu dem Besitze der Urkunde gekommen ist. Weiter erstreckt sich jedoch die Wirkung jenes Nebenvertrages nicht. Alle aus der Natur des Darlehnsvertrages hervorgehende Folgen bestehen auch hier, und ein auf den Inhaber gestellter Schuldschein bleibt immer eine über einen solchen Vertrag gefertigte, denselben voraussetzende und nur beweisende Urkunde, wesentlich vom Papiergelde verschieden, ja nicht einmal einen Litteralcontract bildend. Die Fortdauer des, aus dem Vertrage entsprungenen, Verhältnisses ist mithin unabhängig vom Daseyn der Schuldverschreibung; die Beibringung dieser Urkunde das eigentliche und am schnellsten zum Ziele führende, keinesweges aber das einzige und ausschließliche Mittel, den Vertrag zu beweisen und die Legitimation zur Sache zu beschaffen.

3. Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf die Mortificirung der für verloren ausgegebenen Schuldverschreibungen ergiebt sich Folgendes. Wenn der Gerichtsgebrauch mit dem darauf gerichteten Antrage denjenigen zuläßt, welcher in der Urkunde als Gläubiger bezeichnet, oder der Forderung anerkannter, oder erwiesener Cessionar, oder Erbe ist; so geht er von der rechtlichen Ansicht aus, daß der bloße Besitz der Schuldverschreibung keine Rechte gewähren, ein Dritter nur dann in die Stelle des bisherigen Gläubigers getreten seyn könne, wenn ein rechtlicher Grund des Uebergangs der Vertragsrechte vorhanden ist, und daß die Fortdauer

der frühern Verhältnisse so lange vermuthet werden müsse, bis der Dritte den Erwerb des Rechts zu erweisen vermag. Dem Antrage auf die Mortification steht also hier zur Seite, theils daß die Legitimation zur Sache keinem Zweifel unterworfen ist, theils die bemerkte Rechtsvermuthung für den unveränderten Bestand der durch den Darlehnsvertrag begründeten Verhältnisse.

Eine hiervon völlig verschiedene Ansicht bietet der Antrag auf Mortificirung eines Schuldscheins dar, wenn dieser auf den Inhaber gestellt ist. Die Legitimation zur Sache fehlt, weil dieselbe vertragsmäßig sofort aus dem Besitze der Urkunde hervorgehen, und jeder Dritte durch die bloße Beibringung derselben zur Erhebung der Schuld gelassen werden soll; und eben weil es daher einer förmlichen Cession zur Uebertragung der Rechte des bisherigen Gläubigers nicht bedurfte, dieselbe vielmehr aus der Auslieferung der Verschreibung gefolgert werden muß, so tritt in dem vorliegenden Falle überdem eine Vermuthung wider den bisherigen Eigenthümer der Forderung, und für deren Abtretung an irgend einen Dritten, und zwar um so mehr ein, als ein zufälliger Verlust der Urkunde den Umständen nach ohne Nachweisung nicht angenommen werden darf. Will also Jemand einen Antrag auf Mortificirung einer Schuldverschreibung, die auf den Inhaber gestellt ist, machen und den erwähnten Gerichtsbrauch angewendet wissen; so muß er sich zuvor in die Lage setzen, unter deren Voraussetzung derselbe die Edictalladung und Präclusion des etwanigen Inhabers der Urkunde zuläßt; nemlich er muß durch Bescheinigungen theils ersetzen, was bei Ver-

schreibungen, die den Gläubiger benennen, aus den Umständen hervorgeht, theils die Vermuthung widerlegen, welche bei einem auf den Inhaber lautenden Schuldschein aus dessen Nichtbesitze gegen ihn erwächst.

4. Diese Bedingungen des Antrages auf Mortificirung einer Schuldverschreibung der gedachten Art, nemlich die Legitimation zur Sache und die Widerlegung der eben erwähnten Vermuthung, werden durch die Nachweisung erfüllt, daß 1) die Forderung, worüber die Urkunde ausgestellt ist, dem Antragenden zugestanden habe, und 2) daß ein Umstand eingetreten sey, welcher den unwillkührlichen Verlust derselben wenigstens wahrscheinlich macht.

Da der bloße Besitz des Schuldscheins die Legitimation bewirkt, so bedarf es in Hinsicht auf das erste Erforderniß keines weitern Beweises über das Eigenthum der Schuldforderung; vielmehr genügt es, darzuthun, daß man in der nächstvorhergegangenen Zeit, auf eine unverdächtige Weise, die Schuldverschreibung unter sich gehabt habe. Der Erwerbstitel kommt hierbei, nach der Eigenthümlichkeit solcher Verbriefungen, nicht in Betracht. Hingegen kann der bloße Besitz von Zinscoupons, etwa aus der Erhebung der letzten Zinsen nachzuweisen, die Legitimation nicht bewirken; da die Zinscoupons gleicher Natur mit der Verschreibung selbst sind, für sich bestehen und also, statt Zahlung und Anweisung, einem Andern übergeben seyn können, ohne daß daraus auf den Besitz des Schuldscheins selbst geschlossen zu werden vermag.

Der unwillkührliche Verlust der Urkunde wird auch, in Ermangelung eines directen Beweises, auf indirecte Weise dargethan werden können, wenn z. B. der Umstand, welchem der Verlust beigemessen wird, die Feuersbrunst, der diebische Einbruch u. d. m. in Beziehung auf den Verwahrungsort der Verschreibung außer Zweifel gesetzt, und zugleich ein Verzinsungstermin seitdem verstrichen ist, ohne daß sich ein Anderer zu der Zinsenerhebung gemeldet hat.

Unter diesen Voraussetzungen ist die Verschiedenheit für ausgeglichen anzunehmen, die zwischen einem Darlehnsvertrage, worüber eine gewöhnliche Verschreibung errichtet ist, und demjenigen besteht, welcher in einer auf jeden Inhaber gerichteten Verbriefung sich verzeichnet findet. Es kann also das, durch den Gerichtsgebrauch bestimmte, Verfahren auch auf die Mortificirung eines Schuldscheins der letzterwähnten Art unbedenklich angewendet werden.

5. Dieses Verfahren ist seiner Natur nach weniger eine Provocation des, als möglich angenommenen, unbekannten Inhabers, wie ein durch den eingetretenen oder befürchteten Widerspruch des Schuldners, oder durch dessen bloße Bedenklichkeit zu desselben Sicherstellung nöthig gewordener Legitimationsprozeß. Der allein competente Gerichtsstand ist also nicht etwa der des auf Mortificirung Antragenden, sondern einzig der des Schuldners. Und es versteht sich, daß der angebliche Gläubiger die Kosten des Verfahrens bestreiten muß; da damit die ihm obliegende Legitimation beschafft werden soll, der behauptete Verlust der Schuldverschreibung

auch als ein Unfall betrachtet werden muß, dessen Folgen nur ihn treffen können.

Eine Wirkung dieser Ansicht zeigt sich besonders darin, daß die Edictalladung und die darauf folgende ausdrücklich ausgesprochene, oder in der Mortificirung enthaltene, Präclusion allein auf den Anspruch gegen den Schuldner sich bezieht. Nur des Schuldners Sicherheit, gleich der des Erwerbers eines Grundstückes, ward hier bezweckt, und nur derselbe gegen künftige, auf den Besitz der Verschreibung gegründete, Forderungen gedeckt, der von ihm zu leistenden Zahlung die Kraft einer Tilgung seiner Schuld beigelegt. Dagegen bleibt das Recht des dritten Inhabers ungemindert, sofern er ein solches gegen seinen Vorgänger im Besitze des Schuldscheins auszuführen vermögen sollte; und die von dem Letztern, gegen den Schuldner zu seiner Legitimation geführten, Beweise stehen ihm, als Verhandlungen unter dritten Personen, dabei keinesweges entgegen.

6. Diese aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleiteten Regeln sind in der Königl. Preußischen Gesetzgebung auch der Hauptsache nach angenommen. Es verordnet nemlich das Allgemeine Landrecht, Th. I, Tit. 16, §. 125 f., daß der Darleiher, oder der unstreitige vormalige Inhaber eines Schuldscheins der erwähnten Art zwar, auch ohne denselben zurückgeben zu können, zur Erhebung der Schuld gelassen werden solle; giebt aber dem Schuldner das Recht, in einem solchen Falle entweder Caution, oder einen Mortificationsschein auf des Zahlungsnehmers Kosten zu verlangen, welcher denn ein vorgängiges öffentliches Aufgebot voraussetzt,

und worauf nach der Königl. Preuß. Allgemeinen Gerichtsordnung, Tit. 51, §. 118 und 124, nur angetragen werden kann, nachdem zuvor über den Zufall, wodurch die Verschreibung verloren gegangen oder vernichtet seyn soll, eine Bescheinigung beigebracht worden ist.

XVIII.

Von dem Klagrechte aus einem, unter einer auffchiebenden Bedingung eingegangenen, Vertrage vor Eintritt der Letzten.

1. „Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura;“ dieſer Ausſpruch Ulpians im L. 54. D. de Verb. Sign (L, 16) ſcheint es außer Zweifel zu ſetzen, daß ein bedingter Vertrag vor dem Eintritte der Bedingung überall kein Klagrecht geben könne. Daſſelbe geht ebenfalls aus den Beſtimmungen des römiſchen Rechts über die Wirkung der Bedingungen bei Verträgen hervor. Denn wo der Vertrag von einer auffchiebenden Bedingung abhängig gemacht iſt, begründet er nichts, als die Hoffnung einer künftig daraus erwachſenden Forderung; „Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri“ [1]); und bis zum Eintritt der Bedingung iſt die Forderung noch nicht einmal entſtanden, „ubi sub conditione (quis stipulatus est, neque oessit, neque ve-

[2]) §. 4. J. de Verb. Obl. (III, 16.).

nit dies, pendente adhuc conditione)“ [2]), ein Rechtsstreit in Hinsicht auf dieselbe überall nicht statthaft. Dieses drückt L. 35. D. de iudic. (V, 1.) so aus: „Non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse, vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse, vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit, iudicium vero ante quam aliquid debeatur, non posse“ [3]).

Folgen dieses Grundsatzes sind: daß, wenn vor dem Eintritt der Bedingung Zahlung geleistet seyn sollte, dieserhalb eine Rückforderung (condictio) eintreten kann [4]), und daß die früher geschehene Uebergabe den Käufer weder zum Fruchterwerbe berechtigt, noch demselben einen Titul zur Verjährung gewährt [5]).

2. Auf der andern Seite ist es ein eben so feststehender Grundsatz, daß nicht nur wegen einer noch nicht betagten Forderung eine Caution verlangt werden kann [6]); sondern daß eben von einer aufschiebenden Be-

---

[2]) L. 213. D. de Verb. Signif. (L. 16.).

[3]) Aehnliche Bestimmungen enthalten L. 9. pr. D. de reb. cred. (XII, 1.) und L. 13. §. 5. D. de pignorib. (XX, 1.).

[4]) L. 48 et 56. D. de condict. iud. (XII, 6.).

[5]) L. 8. pr. in fine D. de peric. et comm. (XVIII, 6.).

[6]) L. 41. D. de iudic. (V, 1.): „In omnibus bonae fidei iudiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.“ L. 38. pr. D. Pro Socio (XVII.

dingung abhängende Ansprüche, noch vor dem Eintritte der Bedingung, jede in den Rechten nachgelassene Sicherheitsmaßregel zu ergreifen gestatten, der Gläubiger also die, zur Erhaltung des Gegenstandes seines noch bedingten Anspruchs dienende gerichtliche Einweisung auswirken darf, ja im Concurse ein Absonderungsrecht gelten zu machen befugt ist. „In possessionem mitti solet creditor, etiamsi sub conditione ei pecunia promissa sit," sagt Paulus in L. 6. pr. D. Quib. ex caus. (XLII, 4) [7]), und in L. 4. pr. D. de separat. (XLII, 6.) wird verordnet: „Creditoribus, quibus ex die, vel sub conditione debetur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, aeque separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consuletur."

Ueberdem betrachten selbst diejenigen Gesetzstellen, welche die von einer Bedingung abhängenden Forderungen für noch nicht begründet erklären, und einer bloßen Hoffnung gleichsetzen, diese Hoffnung, oder das aus einem bedingten Vertrage erwachsende Recht als bereits im Vermögen des Promissars vorhanden, und lassen es deshalb auf seine Erben übergehen. §. 4. J. de Verb. oblig. (III, 16.): „Ex conditionali stipulatione tantum

---

2.); L. 16. pr. D. de hered. petit. (V, 3.). *Cuiacius*, Observ. XVII, 37.

7) Diese Einweisung bezieht sich übrigens bloß auf Sicherstellung, giebt aber das Recht der Veräußerung, um sich bezahlt zu machen, nicht, d. h. sie ist nur ex primo decreto. Die inmissio ex decreto secundo findet bei bedingten Ansprüchen nicht Statt, L. 14. eod. *Huber*, prael. ad D. XLII, Tit. 4, §. ult.

spes est debitum iri; eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si priusquam conditio exstet, mors nobis contigerit.“ Ein Gleiches enthalten §. 25. J. de inutil. stip. (III, 20.) und L. 57. D. de Verb. Obl. (XLV, 1.).

Da mithin bereits vor dem Eintritte der Bedingung ein Recht vorhanden ist, so müssen auch in Beziehung auf dasselbe schon jetzt gerichtliche Anträge Statt finden können; wie denn die Befugniß auf Cautionsleistung zu klagen, auf gerichtliche Einweisung anzutragen, endlich ein Separationsrecht gelten zu machen ausdrücklich in den angeführten Gesetzstellen nachgelassen wird.

3. Der Widerspruch, welcher in diesen verschiedenen Bestimmungen zu liegen scheint, fällt sogleich hinweg, wenn der Gegenstand der Klagen und ihr Zweck gehörig unterschieden wird.

Die Vereinbarung selbst kann vor dem Eintritte der Bedingung nicht gerichtlich verfolgt werden; ihr Gegenstand ist noch nicht vorhanden, die Verpflichtung des andern Contrahenten dem Daseyn nach noch ungewiß, und also findet die Contractsklage selbst jetzt nicht Statt. Dieses ist der eigentliche Inhalt der zuerst (§. 1.) angeführten gesetzlichen Bestimmungen. Es beschränken sich dieselben aber auch hierauf, und das: nondum competit actio, das: iudicium non potest esse, bezieht sich bloß auf die Klage auf Erfüllung des Vertrages, und ist eine Folge des vom dies dort ausgesprochenen Grundsatzes. Dasjenige Klagrecht, was entsteht, wenn dies cessit, und verfolgt werden kann, wenn dies venit, wird allein hier gemeint.

Ein Anderes gilt von den Anträgen auf die Sicherstellung des mit der Bedingung eintretenden Rechts. Diese sind von jenem Klagrechte völlig verschieden; keine actio, sondern implorationes officii judicis, welche mit der eigentlichen Klage aus dem Vertrage in keiner andern Verbindung stehen, als daß sie gleichfalls das Daseyn dieses Vertrages voraussetzen, und davon ausgehen; befinden sich aber außer Beziehung mit dem Eintritt der Verbindlichkeit und mit der Bedingung, von welcher dieselbe abhängig gemacht ist.

4. Das Recht auf die Sicherstellung möglicher Weise eintretender Ansprüche, spes debitum iri, Anträge bei dem Richter zu machen, setzt voraus, daß das Daseyn eines Vertrages, welchem solche Ansprüche künftig hervorgehen würden, schon vorläufig erörtert und gerichtlich ausgemacht werden könne. Es ist dieses kein Beweis für einen vielleicht künftig entstehenden Rechtsstreit, also nicht nach dem Erfordernisse einer solchen vorläufigen Beweisführung zu beurtheilen. Vielmehr bezieht sich eine solche Erörterung in dem angenommenen Falle auf einen schon jetzt eingeführten Antrag, und gehört zum Klaggrunde desselben. Auch kann diese Erörterung als ein für sich bestehendes Sicherungsmittel, unabhängig von dem Antrage auf Cautionsbestellung, Immission oder Separation, betrachtet werden, und ist auch in sofern statthaft, da hier der Schluß vom Mehrern auf das Mindere entscheidet, die Ausmittelung des Daseyns einer Vereinbarung demjenigen nicht zu versagen steht, welcher befugt ist, noch überdem eine Caution u. s. w. wegen derselben Erfüllung zu verlangen. Wie wider-

sinnig würde es auch seyn, eine gerichtliche Erörterung über einen Vertrag zu versagen, der zwar noch keine Verbindlichkeit und ein darauf gerichteres Klagerecht, wol aber ein Recht begründet, was nach den Gesetzen bereits als Bestandtheil eines Vermögens und also auf Erben übertragbar angesehen wird. Was Jemand in bonis hat, ist er auch agendo vel defendendo gelten zu machen befugt; wol verstanden, daß diese Befugniß den Umfang seiner schon jetzt unbedingt zustehenden Rechte nicht überschreiten kann, also auf die Wahrnehmung dessen sich nicht zu erstrecken vermag, was von dem Eintritte eines künftigen Ereignisses abhängt.

بسر

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bülow, Gottfried Philipp <<von>>,

Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts

Bd.: 1

Braunschweig 1817
J.rom.m. 75 k-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566525-5